Heft 22 [1593] 64. Jahrgang 1. Juni 1935

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R.,
unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:
Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Hawlitzky**, Forst i. L.; **Dr. Mößmer**, München;
Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.;
Wilh. Scholz, Berlin; **Dr. Emil Schwartz**, Prenzlau, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Wehrhoheit und Wehrverfassung*)

Von Professor Poetzsch-Heffter, Kiel

Aus Wehrkraft und Wehrwille wächst Volk und Staat. Durch die Wehrhaftigkeit wird das Volk zum Staat. Sie ist der Prüfstein seines politischen Charakters und der Eckstein zum Bau seiner ganzen Staatlichkeit. Wehrhoheit ist Staatshoheit, Wehrverfassung Staatsverfassung[1]). Umgekehrt bestimmt bei diesem inneren Verwachsensein die Volk und Staat durchdringende Idee auch Wesen und Form der Wehrmacht. In besonderer Weise offenbart in ihr der völkische Führergedanke seine zentrale Bedeutung.

1. Erst indem die rassische Gemeinschaft im erwachenden Gefühl ihrer selbst und im lebendig werdenden Bewußtsein ihres Wesens und der Werte ihres Seins sich und das Ihrige verteidigt und mit eigener Kraft für ihre Freiheit und Ehre eintritt, stellt sie sich neben die anderen höchsten Wesensgebilde menschlicher Gemeinschaft, in deren Leben und Wirken die Geschichte beruht. „Nur tapfere Völker haben Geschichte[2]).“ Man könnte sagen: Nur sie werden, weil sie Geschichte haben, Völker. Sie haben Geschichte, das heißt zugleich: Sie sind es, die die Geschichte machen. Von den anderen kann man nur sagen, daß die Geschichte sie hat. Sie vermögen sich nicht in die Region zu erheben, in der durch die Abwehr des Feindlichen sich völkische Selbständigkeit bildet und bewahrt[3]). Es ist deshalb für die Erfassung des Volksbegriffes von fortdauernder Bedeutung, daß das Wort Volk — altnordisch fylki, althochdeutsch folc und altslawisch pluku — in seinem letzten Ursprung die kriegerische und kämpfende Gemeinschaft bezeichnet. Volk ist die um ihr Dasein kämpfende Lebensgemeinschaft. Der Kampf zur Selbsterhaltung ist ein mit seinem Wesen verbundenes Urrecht, ein Naturrecht, ein Grundrecht des Volkes[4]).

Zum Staat wächst das Volk, das nicht bloß den Kampf aufnimmt, sondern im Lebenskampf seine Selbständigkeit zu behaupten und dadurch sich Macht und Freiheit im Kreise der anderen Völker zu sichern weiß. Nur wo diese errungen und als geschichtlicher Bestand existent geworden sind, vermag Staat zu sein. Er ist seinem Wesen nach machtvolle Existenz. In der Macht, Kriege zu führen und selbstherrlich Bündnisse zu schließen, lag immer das Zeichen vollendeter Staatlichkeit. Die notwendige Anerkennung dieser Macht, war auch die Anerkennung des staatlichen Charakters im völkerrechtlichen Verkehr. So hoch muß ein Volk stehen, daß es seine Selbständigkeit anderen Völkern gegenüber auf die Dauer zu wahren vermag. Seine Wehrhoheit liegt im Kern seiner Staatlichkeit.

Zu dieser obersten Macht in ihrer geschichtlichen Ursprünglichkeit und Wirklichkeit gehört die Wehrfreiheit in engerem Sinne als die Freiheit, die eigenen Wehrmittel zu bestimmen. Es ist für die staatliche Existenz ein tiefer Unterschied, ob fremde Gewalt dem Volk ein Militärstatut, und sei es in der Umkleidung eines Scheinvertrages, aufzwingt, oder ob das Volk im realen Machtverhältnis stark genug bleibt, sich selbst seine Wehr zu geben und hierüber mit anderen Gleichen freie Vereinbarungen zu treffen. Die Verkündung der Wehrfreiheit im Aufruf „An das Deutsche Volk“ v. 16. März 1935[5]) und der souveräne Erlaß des Wehrgesetzes v. 16. März 1935 vor den Verhandlungen mit den anderen Staaten waren deshalb viel mehr als ein taktischer Zug. Indem „die Wahrung der Ehre und Sicherheit des deutschen Volkes von jetzt ab wieder der eigenen Kraft der deutschen Nation anvertraut wird“[6]), ist die deutsche Nation wieder Staat geworden.

Der innere Zwang dieser Entwicklung ist in einer früheren Veröffentlichung von Mussolini deutlich erkannt und anerkannt worden: „Folgerichtig ist Deutschland, wenn der Rüstungsstandard nicht ermäßigt wird, in seinem Recht, wenn es aufrüstet. Diesem Recht auf Gleichheit kann nicht widersprochen werden; sonst würde Deutschland unter den Völkern

*) Der Aufsatz, der bereits Anfang Mai verfaßt worden ist, konnte die Führerrede v. 21. Mai 1935 und das Wehrgesetz mit den Erlassen des Führers aus drucktechnischen Gründen nicht mehr berücksichtigen. D. S.

[1]) Für die Vergangenheit vgl. O. Hintze, Staatsverfassung u. Heeresverfassung, Dresden 1906.

[2]) Treitschke, Politik, Bd. 2 S. 363.

[3]) Adolf Hitler im Sportpalast am 24. Okt. 1933: „Wir haben aus der Geschichte gelernt, daß auf die Dauer das Leben nur den Völkern gegeben wird, die gewillt sind, ihr Leben und ihre Ehre vor der Welt zu vertreten.“ Den gleichen Sinn hat das Wort des englischen Ministers Baldwin, das im Aufrufe „An das deutsche Volk“ v. 16. März 1935 zitiert ist: „Ein Land, das nicht gewillt ist, die notwendigen Vorsichtsmaßnahmen zu seiner eigenen Verteidigung zu ergreifen, wird niemals Macht in dieser Welt haben, weder moralische noch materielle Macht.“

[4]) Vgl. Rogge, Wehrmacht, Frieden und Völkerrecht: DJZ. 1935, 387 u. 390 f. Rogge weist auf die wichtigen völkerrechtlichen Folgerungen hin, die sich aus dem Wesen dieses Lebensrechtes ergeben.

[5]) RGBl. 369.

[6]) Im Aufruf, RGBl. 374.

deklassiert werden, d. h. es würde unter die Staaten eingereiht werden, die sich nicht voller politischer und militärischer Souveränität erfreuen"[7]).

So ist Staat das wehrkräftige Volk, das seine Freiheit behauptet. Die Begriffsgeschichte hat das Wort „Staat" noch in einem anderen Sinne entwickelt. Sie hat in ihm die Mittel der Macht zusammengefaßt. Auch hier erscheint das Heer als sein Wesensbestandteil. In diesem Zusammenhang aber kann Volk und Staat sich gegenübertreten, und die Wehrhoheit erlangt spezifische Bedeutung in allen innenpolitischen Zusammenhängen und Auseinandersetzungen, in denen Herrscher und Staat, wie in der absoluten Monarchie des 17. und 18. Jahrhunderts, zur eigenmächtigen Größe werden. Da der Staatsbegriff im Sinne des Apparates die absolute Monarchie überlebt hat[8]) und auch heute noch Verwendung findet, ist die Unterscheidung von Bedeutung geblieben[9]).

2. Bei der engen Verbundenheit zwischen Staatsverfassung und Wehrordnung beginnt mit dem 30. Jan. 1933 sofort eine neue Epoche der Geschichte der deutschen Wehrverfassung. Man konnte schon aus dem gegebenen Bestand der politischen Grundordnung des Nationalsozialismus die ersten Linien der werdenden Wehrverfassung abzeichnen. Sie traten dann deutlich hervor in den Anfang Juni 1933 erlassenen neuen „Pflichten der deutschen Soldaten", die an Stelle des neutralen Staatsheeres die Gestalt des im Nationalsozialismus dem Volke verbundenen Heeres erkennen ließen[10]), und sie finden nun ihren besonderen Ausdruck in der Einführung der allgemeinen Wehrpflicht im Reichsgesetz für den Aufbau der Wehrmacht v. 16. März 1935[11]) und in der begründenden Willenskundgebung der Reichsregierung im gleichzeitigen Aufruf „An das deutsche Volk"[12]).

So wie das wehrhafte Volk zum Staat geworden ist, umschließt rückwirkend die Idee der völkischen Ganzheit das Heer. In dieser Verbundenheit gehört die Wehrmacht zum politischen Volk und ist in diesem allgemeinen Sinne **politisches Heer**. Der Begriff des neutralen Heeres, den der Parteienstaat brauchte, hat seine spezifische Bedeutung verloren[13]). Dagegen ist die Wehrmacht unpolitisch in ihrer Abhebung vom Bilde einer eigenmächtigen und den berufenen Trägern der politischen Willensbildung sich entgegensetzenden Armee. Die nach dieser Richtung notwendige Grenzlinie hat der Führer in seiner Reichstagsrede v. 14. Juli 1934 gezogen, in der er sich auf das dem RPräs. v. Hindenburg gegebene Versprechen berief, „die Armee als **unpolitisches Instrument des Reiches** zu bewahren", und in der er anschließend die bekannten Worte prägte: „Es gibt im Staate nur einen Waffenträger, die Wehrmacht; und nur einen Träger des politischen Willens, das ist die nationalsozialistische Partei."

Der Staat als die kampfbereite und kämpfende Volksgemeinschaft ist nicht bloß naturhafte Erscheinung, die ihre physische Kraft unmittelbar einsetzt, sondern bedarf zur Wehr der **besonderen Ordnung und Einrichtung**. Es darf nicht der Anschein entstehen, als ob damit eine Rückkehr zum alten Gedanken eines selbständigen, vom Volke sich lösenden status oder zu sonstiger Möglichkeit einer Isolierung gegeben sei. Indem die Wehrorganisation in ihrer begrifflichen Einheit vorgestellt wird, dürfen doch ihre inneren Verbindungen mit der umfassenden Volksgemeinschaft nicht preisgegeben und in einem gegensätzlichen Denken zerrissen werden. In der völkischen Idee bleibt die Heeresordnung Volksordnung, das Heer gestaltetes Volk. Ein substantiell vorhandener Gegensatz von Arbeiter und Soldat, von Bürger und Offizier oder überhaupt von Militär und Zivilpersonen (Bürger- und Soldatenstand), wie ihn frühere Zeiten gekannt haben, ist im Gedanken der nationalsozialistischen Lebensganzheit überwunden und im neuen wehrpolitischen Denken zur Unmöglichkeit geworden. Die Verschiedenheit der Aufgaben findet ihre Verbindung in dem Füreinander der nationalen Lebensgemeinschaft. Der „Dauerkonflikt von Soldat und Bürger"[14]) soll endgültig der Vergangenheit angehören. Zutreffend sagt **Foertsch**[15]): „Dem weltanschaulichen Grundgedanken der Volksgemeinschaft entspricht der politische Gedanke der Wehrgemeinschaft, getragen vom Gedanken des Opfers für diese Gemeinschaft unter Zurückstellung aller persönlichen Motive." Die Soldatenpflichten enthalten den gleichen Gedanken: „Der Dienst in der Wehrmacht ist Ehrendienst am deutschen Volke."

Die Verbindung von Volk und Wehrmacht schließt aber nicht aus, daß es zur Aufgabe der physischen wie sittlichen Kräfte des Heeres werden kann, sich der Müdigkeit und Entartung im Volkzkörper zu widersetzen. Der wehrhafte Wille der wahren Volksgemeinschaft, der im Führerwillen seinen Ausdruck findet, muß sich dem Volk in der Erscheinung des Verfalls und der Zerrissenheit entgegenstellen. In hohem Grade ist deshalb auch das Heer berufen, sich als Pflanz- und Erziehungsstätte des jungen Nachwuchses zu bewähren.

Aus dem Gedanken der Volksverbundenheit folgt die **allgemeine Wehrpflicht**. Sie hat einen langen geschichtlichen Weg durchlaufen. Ihre wechselnde Gestalt wie ihre Gegenformen haben dabei stets den engen ideellen Zusammenhang zu den geschichtlichen Motiven und den allgemeinen Prinzipien der Staatsordnung erkennen lassen. Ihre Erscheinung in der antiken Welt, in gleicher Weise von der harten Notwendigkeit der Lebensbehauptung wie von philosophischer Einsicht gefordert, wird zum Vorbild in den späteren Jahrhunderten, immer wenn es gilt, die seelische Verbindung zwischen Volk und Heer nicht zu verlieren oder wiederherzustellen. Ihr Gegenstück, das Söldnerwesen, aber vermag ebenso zur Wehrform des monarchischen Absolutismus, der das Heer als den wichtigsten Teil seines besonderen Machtapparates bildet, wie zum militärischen Behelfsmittel einer Art des politischen Liberalismus zu werden, der die Freiheit der Bürger durch eine aus dem Volksganzen gelöste und wie ein notwendiges Übel gehaltene Söldnertruppe sicherstellen läßt[16]). In der deutschen Heeresgeschichte hat sich der Gedanke der allgemeinen Wehrpflicht als **eingeborenes nationales Gut** zu erhalten gewußt. Unter fremdartigen Einflüssen wurde zwar der Heerbann der freien Volksgenossen durch das Ritterheer des Lehnsstaates verdrängt. Mit dem Verfall der mittelalterlichen Formen vermochte er aber schon im Kantonalsystem der preußischen Könige sich neben der Söldnerwerbung zu erheben und deutlicher und stärker in den Reformen Scharnhorsts und Boyens wieder Leben zu gewinnen. Für die Roonsche Heeresorganisation der Konfliktszeit bildete er die geistige Grundlage. Aus ihm

7) Vgl. **Benito Mussolini**, „Deutschland ist im Recht" im Berliner Börsen Courier v. 11. Sept. 1932 Nr. 425.

8) Zu dieser Begriffsgeschichte s. besonders **Höhn**, Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, Berlin 1935.

9) In einem ganz anderen Sinne aber erfolgt die Gegenüberstellung von Volk und Staat, wenn als Staatswille der im Führerwillen verwirklichte lebensgesetzliche Wille des Volkes der Entartungserscheinung des verfallenden, wehrmüden Volkes gegenübertritt. Hierüber s. unten.

10) Vgl. die Gegenüberstellung in dem Artikel des Völk. Beobachters v. 5. Juni 1934 „Die neuen Pflichten des deutschen Soldaten".

11) RGBl. 375.

12) RGBl. 369.

13) RWehrM. v. **Blomberg**, „Die Wehrmacht im Dritten Reich" (Völk. Beobachter v. 29. Juni 1934): „Heute steht der Soldat bewußt mitten im politischen Leben des zur Einigkeit zusammengeschweißten Volkes." Der Chef des Ministeramtes im RWehrM. v. **Reichenau** (Völk. Beobachter v. 5./6. Febr. 1933): „Noch niemals war die Reichswehr identischer mit den Aufgaben des Staates als heute." Vgl. ferner **E. R. Huber**, „Das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches": ZStaatsW. Bd. 95 H. 2 S. 218/19 und das dort zitierte Wort von **Foertsch**: „... so monarchisch die alte Armee in der Vorkriegszeit gewesen ist, so nationalsozialistisch muß die heutige Wehrmacht sein."

14) Vgl. **Carl Schmitt** in seinem „Staatsgefüge und Zusammenbruch des Zweiten Reiches".

15) Vgl. Major **H. Foertsch**, Die Wehrmacht im nationalsozialistischen Staat, mit einem Geleitwort von Generaloberst v. Blomberg S. 43.

16) In weitem Abstand von diesen Bildungen stand das deutsche Berufsheer der Nachkriegszeit, dessen äußere Form zwar in Anlehnung an das englische System vom Versailler Diktate gefordert, dessen innerer Gehalt aber durch die Tradition des alten preußisch-deutschen Heeres und durch die steigende Notwendigkeit spezialberuflicher Wehrausbildung bestimmt wurde.

zogen die preußisch-deutschen Heere in Schleswig, Böhmen und Frankreich und schließlich auf allen Kriegsschauplätzen des Weltkriegs die Kraft ihrer Siege. So erwuchs aus großer geschichtlicher Erlebnisgemeinschaft eine nationale Tradition, die nun als besonderes Gestaltungsprinzip am Wiederaufbau des Heeres mitwirkt.

Der Gedanke der allgemeinen Wehrgemeinschaft als dem natürlichen Verteidigungssystem eines gesunden Volkskörpers ist im Ideengute des Nationalsozialismus tiefer gegründet denn je[17]. War es dem Klassendenken des Vorkriegsdeutschland noch möglich, das Privileg des einjährigen Dienstes[18] von einer äußeren Bildungsstufe — und das war praktisch vom Besitz — abhängig zu machen, so wird die neue deutsche Wehrordnung solche Unterscheidungen nicht mehr kennen. Sie wird sogar nach einer Ankündigung von den zukünftigen Berufsoffizieren verlangen, daß sie vor ihrem Eintritt in das Heer durch die nationale Gemeinschaftsschule des Arbeitsdienstes gegangen sind[19]. Dagegen könnte ein schon im alten Heere maßgebender Gesichtspunkt für die Bemessung verschiedener Dienstzeiten auch im Rahmen der allgemeinen Wehrpflicht von Bedeutung werden. Es ist die Notwendigkeit spezialtechnischer Ausbildung und damit die Berücksichtigung eines mehr berufsmäßigen Elements.

Auf dem einheitlichen Grunde der Volksgemeinschaft, das ist das zweite, gestaltet sich die Wehrverfassung nach dem Grundsatze der Führung. In besonderem Sinne gilt hier das Wort, daß in der Verfassungskonstruktion des nationalsozialistischen Staates die Willenskraft der Nation mit der Autorität einer wirklichen Führung verbunden sein müsse. In der Führung vereinigt sich die militärische Gewalt mit der Einheit der gesamten Staatsgewalt. Die historische Lehre von der Gewaltenteilung stand der Erscheinung militärischer Kraftentfaltung ratlos gegenüber. Nur gezwungen ließ diese sich in den üblichen Systemen unter den Begriff der Verwaltung oder unter die Rubrik der auswärtigen Politik bringen[20]. Dieser Mißstand hätte auch durch Anerkennung und Einordnung einer vierten Gewalt, wie vorgeschlagen wurde, niemals überwunden werden können[21]. Im Willen des Führers dagegen tritt der Lebenswille des Volkes in seiner unverlierbaren Einheit hervor und trägt in der geschichtlichen Stunde wie alle politischen Entschließungen so auch die Entscheidungen, die in vorsorglicher Bereitschaft zur Abwehr des Feindes getroffen werden müssen.

Der Führer ist nach dem Verfassungsgesetze v. 1. Aug. 1934 (RGBl. 747) Staatsoberhaupt und militärischer Oberbefehlshaber in einer Person[22]. Die Wehrmacht ist ihm in einem persönlichen Treueverhältnis verbunden[23]. Bei der Zusammenfassung der gesamten Gewalt im Führertum sind alle organisatorischen Ansätze zu einem Dualismus zwischen politischer und militärischer Gewalt ausgeräumt. Auch die militärische Gewalt selbst ist in der Zusammenfassung der verschiedenen Waffen unter einheitlicher Führung ein geschlosseneres Ganzes. Im nationalen Führertum sind schließlich die schädlichen Sondereinflüsse des landschaftlichen Militärpartikularismus, die bis zum Ende des Weltkrieges und darüber hinaus bestanden[24], endgültig überwunden worden.

---

17) Ein umfassendes Schriftenverzeichnis der neueren Wehrwissenschaft ist der Sammelveröffentlichung „Die Wehrwissenschaften der Gegenwart" von Generalleutnant a. D. v. Cochenhausen angeheftet.

18) Das Stück einer vergangenen Welt ist der grundlegende § 11 Ges. betr. die Verpflichtung zum Kriegsdienst v. 9. Nov. 1867: „Junge Leute von Bildung, die sich während ihrer Dienstzeit selbst bekleiden, ausrüsten und verpflegen und die gewonnenen Kenntnisse in dem vorschriftsmäßigen Umfange dargelegt haben, werden schon nach einjähriger Dienstzeit im stehenden Heere zur Reserve beurlaubt." Vgl. dagegen die nationalsozialistischen Wehrmachtsgrundsätze in der Rede des Stellvertreters des Führers v. 2. April 1935 (Völk. Beobachter v. 3. April 1935).

19) Vgl. die Rede des Reichsarbeitsführers Hierl auf der Tagung der DAF. in Leipzig am 28. März 1935: „Wer die Ehre hat, Soldat zu werden, muß sich dieser Ehre dadurch würdig erweisen, daß er vorher als Arbeitsmann in Ehren gedient hat. Dies gilt im besonderen für alle künftigen Führer der Wehrmacht, die Unteroffiziere und Offiziere. Gerade für sie ist der Dienst in der nationalsozialistischen Schule des Arbeitsdienstes unentbehrlich" (Völk. Beobachter v. 29. März 1935).

20) Vgl. z. B. die kritische Bemerkung bei Konstantin Frantz, Die Naturlehre des Staates S. 253: „Solange aber die Menschen Arme und Beine haben und solange der Staat selbst ein realer Körper ist, so lange kann er nicht bloß durch Regierung, Gesetzgebung und Justiz bestehen, sondern er muß sich schlechterdings in der Lage befinden, nötigenfalls schlagen zu können." Oder H. v. Treitschke, Politik, Bd. 2 S. 356.

21) Zur preußisch-deutschen Entwicklung s. Carl Schmitt a. a. O. über die im System liegende Führerlosigkeit nach Bismarcks Entlassung S. 24 ff.

22) In Verbindung mit Art. 47 DRV. Die Ausübung des Oberbefehls unter dem Führer ist nach § 8 RWehrG. dem RWehrM. übertragen. Vgl. E. R. Huber a. a. O. S. 218.

23) Das findet in der Fassung des Soldateneids seinen Ausdruck. Der Führer hat auch befohlen, daß die Anrede aller Soldaten der Wehrmacht an ihn lautet: „Mein Führer". Wegen der dem Führer zu erweisenden militärischen Ehrenbezeigungen sind besondere Anordnungen erlassen worden.

24) Es fehlt noch eine zusammenfassende Darstellung. Auch die Frage, ob etwa partikularistische Strömungen auf die Kriegsführung der ersten Kriegsmonate beigetragen haben (Verwässerung des Schlieffen-Plans), ist noch nicht genügend geklärt.

Deutschland, die Hauptmächte, Litauen und Memel

Von Dozent Dr. Viktor Böhmert, Kiel, Institut für internationales Recht

Die gegenwärtigen Versuche Litauens, die international garantierte Verfassung des Memelstaates und damit diesen selbst zu zertrümmern, stellen die Krönung der langen Reihe von Vertragsverletzungen dar, aus der sich die Geschichte der 1919 in Paris entdeckten „Question de Memel" zusammensetzt. Da die Garanten sich ihrer Pflichten nicht erinnern, so ist die Unruhe, mit der man in Deutschland das Schicksal des stammverwandten Memelstaates verfolgt, verständlich. Vertragsrechte werden durch Vertragsbruch nicht beseitigt. Gerade in einer für den Memelstaat so kritischen Lage, wie gegenwärtig, dürfte es nicht ohne Interesse sein, sich ihrer zu erinnern.

Durch Art. 99 Abs. 1 VV. wurde Deutschland gezwungen, auf den nördlich der Memel gelegenen Teil der Provinz Ostpreußen zugunsten der fünf alliierten Großmächte England, Frankreich, Japan, Italien und der Vereinigten Staaten zu verzichten. Es mußte sich ferner im Abs. 2 des Art. 99 verpflichten, die späteren Bestimmungen der Hauptmächte über das Schicksal des abgetretenen Gebietes und über die Staatsangehörigkeit seiner Bewohner anzuerkennen. Nach dem klaren Sinn des Vertrages soll also der Übergang des Memelgebietes auf die Hauptmächte kein endgültiger, sondern nur ein vorläufiger sein, ganz ähnlich wie der in anderen Artikeln des Vertrages vorgesehene Übergang Danzigs (Art. 100), Schleswigs (Art. 110) und der deutschen Kolonien (Art. 119) auf die Hauptmächte nur ein vorläufiger ist. Im Unterschied zu den drei letztgenannten Fällen enthält der Vertrag jedoch keine ausdrückliche Bestimmung über den endgültigen im Memelgebiet einzuführenden Rechtszustand. Folgt daraus, daß die Hauptmächte diesen nach Gutdünken und freiem Belieben gestalten durften? Schon der Gedanke, daß dann auch eine Übertragung der Souveränität an Liberia oder Haiti eine zulässige Lösung dargestellt hätte, genügt, um die Unhaltbarkeit einer solchen Auffassung darzutun. Es steht also fest, daß die Hauptmächte bei der endgültigen Entscheidung an bestimmte allgemeine Richtlinien gebunden waren. Diese lassen sich für Danzig, Schleswig und die Kolonien leicht aus den Einzelheiten der von den Hauptmächten vorzunehmenden Verfügungen ableiten. Im Art. 102 verpflichten sich die Hauptmächte, auf dem Danziger Gebiet einen Freistaat zu errichten. Nach Art. 110 soll Schleswig gemäß der dort stattgehabten

Volksabstimmung zugunsten Dänemarks an Dänemark abgetreten werden. Auf Grund des Art. 22 der Völkerbundssatzung schließlich sind die Kolonien auf den Völkerbund zu übertragen, der sie in Erfüllung seiner Mission, für das Wohl und die Entwicklung der Kolonialvölker zu sorgen, durch seine Mandatare zu verwalten hat. Mehr oder minder deutlich tritt hier als Grundgedanke hervor, daß die Hauptmächte, soweit die Bestimmungen des Vertrages ihnen das gestatten, als Treuhänder der Bevölkerung der an sie abgetretenen Gebiete gemäß deren Interessen zu handeln haben. Die Annahme, daß auch bzgl. des Memelgebietes der gleiche Gedanke dem Vertrage zugrunde liegt, ist um so zwingender geboten, weil die Grundsätze vernünftiger Vertragsauslegung, wie jetzt nachzuweisen sein wird, gar keinen anderen Ausweg lassen.

Die Alliierten haben stets behauptet, sich im Falle des Art. 99 wie in allen anderen von Deutschland gerügten Fällen im Rahmen des Vorvertrages gehalten zu haben, der zwischen ihnen und Deutschland im November 1918 zustande gekommen war und der außer den 14 Punkten den terms of peace, auch die am 11. Febr., 4. Juli und 27. Sept. 1918 verkündeten allgemeinen Grundsätze Wilsons als principles of settlement zur Friedensgrundlage erhoben hatte. Dieser Sachverhalt ist für die Auslegung der Versailler Vertragsbestimmungen von größter Wichtigkeit. Es ergibt sich daraus und aus dem das ganze völkerrechtliche Vertragsrecht durchdringenden Grundsatz von Treu und Glauben, daß überall da, wo die Vertragsverletzung nicht offenkundig ist, vermutet werden muß, daß die Alliierten ihren Vertragspflichten haben Genüge leisten wollen[1]). Der Art. 99 ist also dahin zu deuten, daß die Alliierten sich verpflichteten, mit dem an sie abgetretenen Memelland gemäß den im Vorvertrag als allgemeine Friedensgrundlage anerkannten Grundsätzen des Präsidenten Wilson zu verfahren, nach welchen für das Schicksal eines Gebietes der Wille der es bewohnenden Bevölkerung allein entscheidend ist. Bei Anwendung des Selbstbestimmungsrechts der Völker mußten die Hauptmächte baldmöglich eine Abstimmung zur Feststellung des Volkswillens vornehmen, eine Abstimmung, die mit absoluter Sicherheit eine 90—95%-Mehrheit für Deutschland ergeben haben würde und auch heute noch ergeben wird[2]).

Dem könnte man vielleicht entgegenhalten wollen, daß der Grundsatz der Selbstbestimmung in Memel nicht allein maßgebend sei, weil mit ihm ein zweiter Grundsatz Wilsons, das Recht der Staaten auf freien Zugang zum Meere konkurriere. Dieser Einwand ist unhaltbar. Denn ganz abgesehen davon, daß das „Recht auf freien und sicheren Zugang zum Meer" ausdrücklich im Vorvertrag nur Polen durch Punkt 13 der 14 Punkte zuerkannt ist, beinhaltet dieses Recht, wie Deutschland bei den Friedensverhandlungen immer wieder betont hat, nur den Anspruch des Binnenstaates auf wirtschaftliche Privilegien, wie Freihafenrechte, Zollfreiheit des Transitverkehrs und Tarifvergünstigungen, niemals aber den Anspruch auf Erwerb eines den Binnenstaat vom Meer trennenden Gebietes[3]). Anders entscheiden hieße, der Schweiz ein „Recht" auf Annexion Genuas und Marseilles, Deutschland auf Annexion Antwerpens und Rotterdams, Österreich auf Annexion Triests gewähren. Hiernach wäre also auch bei kombinierter Anwendung des Selbstbestimmungsrechts und des Rechts auf freien Meereszugang Deutschland nur verpflichtet gewesen nach Rückgliederung Memels auf Grund einer Volksabstimmung Litauen erhebliche wirtschaftliche Vorrechte im Memeler Hafen vertragsweise einzuräumen. Es muß allerdings zugegeben werden, daß die Alliierten im Versailler Vertrag dem Recht Polens auf freien Zugang zum Meer eine über den vom Völkerrecht allgemein anerkannten Umfang weit hinausgehende Auslegung gegeben haben, indem sie Danzig von Deutschland trennten, es zu einem souveränen Staat erhoben und diesen zwangen, Polen vertragsmäßig wirtschaftliche und politische Rechte auf seinem Gebiet zu gewähren. Würde man diese zweifellos rechtlich unzulässige Auslegung des Grundsatzes vom freien Zugang zum Meer zugunsten Litauens anwenden, so hätten die Hauptmächte einem Memelgebiet, dem sie das Selbstbestimmungsrecht der Völker vorenthielten, zum mindesten die Stellung eines souveränen Staates nach Art Danzigs geben müssen, und die Position Litauens hätte keine mächtigere sein dürfen als die Polens in Danzig. Da aber bzgl. Memels eine solche Abweichung von der allgemeinen völkerrechtlichen Bedeutung des freien Meereszugangs nicht ausdrücklich in den Friedensvertrag aufgenommen ist, so waren die Hauptmächte auch nicht berechtigt, Memel nach Art Danzigs zu einem Freistaat mit litauischen Privilegien zu erheben. Erst recht nicht waren sie dazu berechtigt, das Memelgebiet als Staat zu errichten und diesen dann durch Art. 1 der Memelkonvention der litauischen Souveränität zu unterstellen.

Der klaren Rechtslage versucht man von litauischer Seite einen vertraglichen Anspruch auf Memel entgegenzustellen. Diese mehr als seltsame These, wonach die Aufgabe der Hauptmächte allein darin bestanden hätte, als Schergen Litauens die Memelländer unter das litauische Joch zu zwingen — denn als Joch darf man heute nach einer zehnjährigen Kette von Verletzungen der Memelkonvention die litauische Souveränität sicherlich bezeichnen — wird mit einer Stelle in dem Ultimatum v. 16. Juni 1919 begründet, durch das die Entente Deutschland zur Annahme des Friedensvertrages nötigte. Mit dieser Stelle hat es folgende Bewandtnis:

Die deutsche Regierung hatte in ihren Bemerkungen v. 29. Mai zu den Friedensbedingungen[4]) unter Angabe genauer Zahlen erklärt, daß angesichts der klaren Mehrheit der Deutschsprachigen und des einmütigen Willens der Gesamtbevölkerung jede Trennung des Memellandes von Deutschland als ein Widerspruch zum Selbstbestimmungsrecht der Völker abgelehnt werden müsse. Die Alliierten bestreiten in ihrem Ultimatum[5]), daß die Abtretung des Memelgebietes an die Hauptmächte dem Nationalitätenprinzip widerspreche. Die Bevölkerung sei früher immer litauisch gewesen und sei es in ihrer Mehrheit heute noch. Daß die Stadt Memel zum großen Teil deutsch sei, könne das Verbleiben des Gebietes bei Deutschland auch deshalb nicht rechtfertigen, weil der Memeler Hafen der einzige Zugang Litauens zum Meere sei. Die Abtretung an die Hauptmächte sei erfolgt, weil die Rechtsverhältnisse der litauischen Gebiete noch nicht geklärt wären.

Die Alliierten standen bei dieser Erklärung, wie wir heute wissen, völlig unter dem Eindruck des ihnen von Woldemaras in Paris vorgelegten Materials, nach dem es in der ganzen nördlichen Hälfte Ostpreußens von Litauern geradezu wimmeln, das Memelgebiet aber rein litauisch sein sollte. Sie bezeichneten deshalb Memel als „litauisches Gebiet", das die Schicksale der anderen litauischen Gebiete teilen müsse. Enthält diese Erklärung eine grundsätzliche Ablehnung, mit dem Memelgebiet gemäß dem Wilsonschen Selbstbestimmungsrecht zu verfahren? Ganz im Gegenteil. Sie beginnt mit einer Anerkennung des Nationalitätenprinzips. Der Unterschied zwischen ihrer Auffassung und der der deutschen Regierung liegt nur in einer quaestio facti, in der verschiedenen Meinung bezüglich der tatsächlich im Memelgebiet vorhandenen Nationalitätenverhältnisse, die von den Alliierten infolge der täuschenden litauischen Angaben völlig verkannt wurden[6]). Kann ein denkender Jurist allen Ernstes be-

[1]) Siehe hierzu Böhmert, Deutschlands Anspruch auf Abrüstung der Vertragsgegner von Versailles: DJZ. 1931, 211.

[2]) Siehe v. Freytag-Loringhoven, Memel: DJZ. 1935, 193 ff.

[3]) Siehe Böhmert, Das Recht Polens auf freien und sicheren Zugang zum Meer: DanzJurMSchr. 1932 Nr. 11.

[4]) Kraus-Rödiger, Urkunden zum Friedensvertrage, Berlin 1920, I, S. 470.

[5]) a. a. O. S. 600.

[6]) In der Note v. 20. Juni (Kraus-Rödiger I S. 685/86) erblickte die deutsche Regierung in den Ausführungen des Ultimatums über das Memelgebiet einen Widerspruch zum Vertragstext. Die Alliierten antworteten am 21. Juni, es bestehe keinerlei Widerspruch

haupten, daß, wenn den Hauptmächten nach der Übernahme der Verwaltung des Memelgebietes die Augen über die wirkliche Zusammensetzung und den wirklichen Willen der Bevölkerung aufgegangen sein werden, der für die Täuschung Verantwortliche sie unter Bezugnahme auf die Erklärung im Ultimatum davon abhalten dürfe, die selbstverständliche Folgerung aus der endlichen Einsicht in die tatsächlichen Verhältnisse zu ziehen? Sicherlich nicht. Den besten Beweis für die Unzulässigkeit einer Berufung auf das Ultimatum hat Litauen selbst gegeben. Als im Verlaufe der mehrjährigen französischen Verwaltung den maßgebenden Kreisen die Unmöglichkeit der Überlassung dieses deutschen Gebietes an Litauen immer klarer wurde und die Pläne, einen unabhängigen Memelstaat zu errichten, immer festere Formen annahmen, hat Litauen sich nicht auf ein verbrieftes Recht berufen, sondern den Weg der Gewalt beschritten. In der Erkenntnis, daß es kein Recht habe, die Gründung eines unabhängigen Memelstaates zu verhindern, hat es durch den Putsch v. 10. Jan. 1923 den Hauptmächten die Erfüllung der sich für sie aus Art. 99 ergebenden Pflichten ein für allemal vergeblich zu machen versucht. Frankreich, das jeden Satz des Versailler Vertrages für heilig anzusehen vorgibt, beugte sich dem fait accompli, das einer Anzahl seiner Soldaten das Leben kostete. Durch die Memelkonvention wurde es legalisiert.

Erscheint die These von Litauen als angeblichem vertragsmäßigen „Destinatar" des Memelgebietes[7]) von vornherein als völlig abwegig, so ist der weitere von litauischer

(a. a. O. S. 689). Offenbar hielt man die von Deutschland aus den Ausführungen des Ultimatums gezogenen Schlußfolgerungen für irrig oder wollte sie für irrig halten.

[7]) Robinson, Kommentar der Konvention über das Memelgebiet, Kaunas 1934, Bd. I S. 24. S. 33 wird sogar unter Bezugnahme auf das Ultimatum angedeutet, das Memelgebiet sei unter der aufschiebenden Bedingung der staatlichen Konstituierung Litauens bereits durch Art. 99 an Litauen übertragen.

Seite gemachte Einwand, Deutschland habe im Art. 99 Abs. 2 der späteren Verfügung zugestimmt und habe daher kein Recht mehr, Wiedergutmachung zu verlangen, auf den ersten Blick bedeutsamer. Bei näherem Betrachten kann jedoch auch er nicht aufrechterhalten werden, da die Zustimmung Deutschlands in Art. 99 Abs. 2 sich zweifellos nur auf diejenigen Verfügungen der Hauptmächte bezog, die dieselben innerhalb der ihnen bei sinngemäßer Auslegung im Art. 99 Abs. 1 übertragenen Verfügungsbefugnis vornahmen. Dies würde nur anders sein, wenn Deutschland im Art. 99 Abs. 2 den Hauptmächten eine Blankoermächtigung zu jeder etwa beliebten Vertragsverletzung ausgestellt hätte. Ein unmögliches Ergebnis, das jedem Grundsatz vernünftiger Vertragsauslegung widerstreiten würde. Wer z. B. darauf verzichtet, Rechnungslegung von einem Dritten zu fordern, dem er eine größere Summe zwecks Verteilung an Bedürftige gegeben hat, verzichtet nicht darauf, den Fundus von dem Treuhänder zurückzuverlangen, wenn dieser ihn nicht für den festgesetzten Zweck verwendet, sondern verpraßt oder einem notorisch begüterten Vetter in die Hände spielt. —

Sollte sich das diktatorische Regime im Memelgebiet, das die vertraglich garantierte Autonomie völlig beseitigt hat, zu einem Dauerzustand entwickeln, so würde dadurch das Memelstatut von Litauen endgültig zerrissen werden. Es wäre dann eine Mindestforderung von Recht und Gerechtigkeit, daß die Hauptmächte, unter deren Souveränität das Memelgebiet zurückfallen würde, ihren Verpflichtungen aus dem Versailler Vertrag genügen und der Leidensgeschichte des Memelstaates durch Anordnung einer Volksabstimmung ein Ende machen. Eine solche Volksabstimmung hätte mit dem durch Art. 19 der Völkerbundsatzung anerkannten Anspruch Deutschlands auf Revision der Verträge nicht das geringste zu tun, sondern würde nur der sinngemäßen Ausführung des Versailler Vertrages dienen. Sie würde in dieser Beziehung der Saarabstimmung zur Seite zu stellen sein, die auch eine im Versailler Vertrag offengelassene Territorialfrage zu einem dem Vertrage gemäßen Abschluß brachte.

Die Anwendung des § 3 VollstreckungsschutzVO. vom 26. Mai 1933 bei Gesamthypotheken

I. Von Gerichtsassessor Delcker, Lahr (Baden): JW. 1935, 396.

II.

Von Land- und Amtsgerichtsrat Dr. Wilhelmi, Wiesbaden

In seinen Ausführungen JW. 1935, 396 zeigt Delcker eine äußerst wichtige Frage auf, die m. W. bisher in der Rechtslehre und Rechtsprechung noch nicht erörtert worden ist. Im Ergebnis trete ich seiner Ansicht bei, möchte jedoch in nachfolgenden Zeilen einige notwendige Ergänzungen geben, um Mißverständnisse auszuschließen.

1. Bei der Berechnung der Befriedigung nach § 3 VO. geht Delcker rein schematisch vor und gibt in der Mehrzahl der Beispiele nicht zu erkennen, auf welche Ansprüche das Meistgebot zugeteilt wird. Dies ist aber insofern von Bedeutung, als nach § 3 VO. die Forderung des Ersteher-Gläubigers nicht erlischt, soweit sie innerhalb von $^7/_{10}$ des Grundstückswerts eingetragen ist, sondern in der Höhe, „in der sie bei einem Gebot in Höhe von $^7/_{10}$ des Grundstückswertes gedeckt sein würde". Da deshalb die Berechnung nach § 3 VO. nicht immer einfach ist, wird man zweckmäßig die Zuteilung auf die vor dem Kapitalbetrag der Ersteherhypothek zu befriedigenden Ansprüche (Kosten, Steuern und Zinsen der Ersteherhypothek, soweit nicht noch eine andere Hypothek vorgeht) in den Beispielen nicht übergehen, sondern mit einem festen Satz, etwa 3000 RM, ansetzen. Daraus folgt ohne weiteres, daß jeder Mehrerlös über das Meistgebot in erster Linie auf die Ersteherhypothek zuzuteilen wäre, also ihren Ausfall decken würde. Bei dieser Berechnung ergibt das erste Beispiel Delckers:

Meistgebot	30000
abz. vorgeh. Ansprüche .	3000
Deckungsbetrag	27000
Gesamtforderung	40000
dinglicher Ausfall . . .	13000

Bei einem Gebot in $^7/_{10}$-Höhe (70000) ergäbe sich ein Mehrerlös von (70000 — 30000) 40000, der den dinglichen Ausfall von 13000 übersteigt, so daß der Gläubiger nach § 3 VO. in voller Höhe als befriedigt gilt.

In Beispiel II 1 waren

die Meistgebote	15000	10000	5000
abz. vorgeh. Ansprüche .	3000	3000	3000
Deckungsbetrag	12000	7000	2000
	21000		
Gesamtforderung	40000		
dinglicher Ausfall	19000		

Bei einem Gebot in $^7/_{10}$-Höhe (70000) ergäbe sich ein Mehrerlös von (70000 — 30000) 40000, der den dinglichen Ausfall von 19000 ebenfalls übersteigt, so daß der Gläubiger wie oben als befriedigt gilt.

In Beispiel II 2b war

das Meistgebot	10000
abz. vorgeh. Ansprüche .	3000
Deckungsbetrag	7000
Gesamtforderung	40000
dinglicher Ausfall . . .	33000

Bei einem Gebot in $^7/_{10}$-Höhe (35000) ergäbe sich ein Mehrerlös von (35000 — 10000) 25000, in dessen Höhe der Gläubiger nach § 3 VO. als befriedigt gilt, so daß er noch einen Ausfall von 8000 bei den mithaftenden Grundstücken geltend machen kann.

In Beispiel III 2 muß die Verteilung der Forderung nach § 122 ZwVerstG. im Verhältnis $^{20}/_{24}$:$^4/_{24}$ nicht von der wohl versehentlich eingesetzten Summe von 25000, sondern von dem Forderungsbetrag von 30000 errechnet werden. Da sich jedoch am gefundenen Ergebnis hierbei nichts ändert, beschränke ich mich auf diesen Hinweis.

2. Delcker scheint davon auszugehen, daß der Gläubiger die Verteilung seiner Forderung nach § 1132 BGB. nur vor der Versteigerung vornehmen könne; das läuft der h. M. zuwider, die aus der Verweisung des § 122 ZwVerstG. auf § 1132 BGB. folgert, daß der Gläubiger die Verteilung seiner Forderung mindestens bis zum Beginn der Verhandlung über den Teilungsplan vornehmen könne (vgl. Jäckel-Güthe[6] A. 4; Reinhard-Müller[4] A. IV 2). Danach braucht der Gläubiger seine Forderung nicht schon „unter Abwägung des möglichen Ausgangs der Versteigerung" vorher zu verteilen, sondern er könnte nach dem Ergebnis der Versteigerung durch eine Verteilung nach § 1132 BGB., die ihm den vollen Erlös sichert, in jedem Fall den Zweck des § 3 VO. vereiteln.

3. Delcker hat aber mit dem von ihm erstrebten Ergebnis recht, und man muß deshalb nicht nur feststellen, daß die Anwendung des § 3 VO. dem § 122 ZwVerstG. vorgeht, sondern daß er g. F. auch eine Verteilung gemäß § 1132 BGB. nach erfolgtem Zuschlag ausschließt.

a) Hat der Gläubiger vor der Versteigerung die Verteilung seiner Gesamthypothek nach § 1132 Abs. 2 BGB. vorgenommen, dann sind seine (verteilten) Hypotheken Einzelhypotheken geworden, die Vorschriften über Gesamthypotheken kommen nicht mehr zur Anwendung, es ist also für die Zuteilung des einzelnen Versteigerungserlöses ohne jede Bedeutung, ob der Gläubiger ein anderes Grundstück so billig ersteigert hat, daß § 3 VO. zur Anwendung kommt (so auch zutreffend Delcker in III 1).

b) Sind mehrere Grundstücke im Zeitpunkt der Versteigerung noch mit einer Gesamthypothek belastet und ersteigert der Gesamthypothekengläubiger eines oder einige von ihnen, dann gilt er nach § 3 VO. über seine dingliche Deckung aus den von ihm abgegebenen Meistgeboten hinaus (mit dem Zuschlag) in einer bestimmten Höhe als befriedigt; in welcher Höhe, bedarf noch der Feststellung im Verteilungsverfahren, denn es muß geklärt werden, wie hoch sein dinglicher Ausfall an dem (oder den) ersteigerten Grundstück(en) ist, und ob bzw. bis zu welcher Höhe dieser Ausfall bei einem $^7/_{10}$-Gebot gedeckt sein würde.

Nimmt man im Beispiel Delckers II 1 an, der Gläubiger habe die Grundstücke (a) und (b) ersteigert, und (c) sei von einem Dritten ersteigert worden, dann wäre zu rechnen:

	(a)	(b)
Meistgebot	15000	10000
abz. vorgeh. Ansprüche .	3000	3000
Deckungsbetrag	12000	7000
	19000	
Gesamtforderung	40000	
dinglicher Ausfall	21000	

Bei einem Gebot in $^7/_{10}$-Höhe für beide Grundstücke (35000 bzw. 21000) ergäbe sich ein Mehrerlös von (20000 + 11000) 31000; also gilt der Gläubiger in voller Höhe als befriedigt und hat auf den Erlös des dritten Grundstücks (2000) keinen Anspruch mehr. Diese Wirkung ist mit dem Zuschlag eingetreten; in diesem Zeitpunkt ist also die auf dem Grundstück (c) eingetragene Gesamthypothek entweder nach § 1181 Abs. 2 BGB. erloschen oder nach § 1182 BGB. auf den früheren Eigentümer von (a) oder (b) übergegangen. Jedenfalls steht sie dem bisherigen Gläubiger nicht mehr zu. Zu einer Verteilung nach § 122 ZwVerstG. oder § 1132 BGB. ist bezüglich des Grundstücks (c) hiernach mangels Vorhandenseins einer Gesamthypothek kein Raum mehr. Bei den Grundstücken (a) und (b) erübrigt sich die Verteilung, da das Ergebnis feststeht.

4. Das gefundene Ergebnis nötigt zu einer Ergänzung der seitherigen Erläuterungen zu § 3 VO. Bisher standen die Erläuterungsbücher übereinstimmend auf dem Standpunkt, daß die Frage der Befriedigung nach § 3 VO. im Prozeßweg zu klären sei und vom Vollstreckungsgericht nicht berücksichtigt werden dürfe, insbes. auf Schuldtitel und Hypothekenbrief nichts zu vermerken sei (Jonas-Pohle A. 7; Schultze-Seifert A. 7; Korintenberg-Wenz A. 3; Wilhelmi, Kurzk. A. 1). Man wird diese Ansicht nur für die Fälle aufrechterhalten können, in denen die Befriedigung nach § 3 VO. für die Zuteilung im Verteilungsverfahren keine Rolle spielt, sondern erst in einem späteren Verfahren von Bedeutung wird, wenn der Gläubiger z. B. nach erfolgtem Zuschlag wegen der angeblich getilgten Forderung andere Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner oder Mitschuldner betreibt, etwa ein gesamthypothekarisch verhaftetes Grundstück zur Zwangsversteigerung aufruft. Hier wird es nach wie vor dem Schuldner (bzw. Mitschuldner) überlassen bleiben müssen, mit der Vollstreckungsgegenklage die nach § 3 VO. eingetretene Befriedigung des Gläubigers geltend zu machen.

Wenn aber aus den oben geschilderten Gründen bei der gleichzeitigen Versteigerung mehrerer mit Gesamthypotheken belasteter Grundstücke und ihrem Zuschlag an verschiedene Ersteher, darunter an den Gesamthypothekengläubiger, dessen nach § 3 VO. eingetretene Befriedigung schon für die Verteilung von Bedeutung ist, wird man das Vollstreckungsgericht als verpflichtet ansehen müssen, von Amts wegen diese Befriedigung in der zu 3b gekennzeichneten Weise zu beachten und den Teilungsplan entsprechend aufzustellen. Bestreitet der Gläubiger seine Befriedigung, mag er gegen den Teilungsplan Widerspruch erheben mit der Wirkung der §§ 115, 124 ZwVerstG. In diesem Fall wird das Vollstreckungsgericht, wenn der Teilungsplan in der gekennzeichneten Weise widerspruchslos ausgeführt oder über den Widerspruch entschieden ist, auch die Befriedigung auf Hypothekenbrief und Schuldtitel zu vermerken haben.

III.

Von Rechtsanwalt Hoedt, Lahr (Baden)

Die Ausführungen von Delcker: JW. 1935, 396 ff. betreffen ein Rechtsproblem, das bisher anscheinend keine öffentliche Erörterung gefunden hat. Eine Klarstellung gewisser Fragen, deren Entscheidung im Einzelfalle von hervorragender wirtschaftlicher Bedeutung sein kann, ist dringend erforderlich, und insofern ist das Aufgreifen des Problems durch den Verfasser dankenswert. Die Betrachtung gelangt aber zu recht bedenklichen Ergebnissen, die mit dem geltenden Recht kaum vereinbar sind, so daß sie nicht unwidersprochen bleiben können.

Die Darlegungen des Verfassers laufen auf die Behauptung hinaus, daß beim Erwerb nur eines oder nur eines Teiles von mehreren mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken durch den Gesamthypothekar im Verfahren der gleichzeitigen Versteigerung aller Grundstücke dieser Gläubiger kraft Fiktion insoweit als befriedigt gelte, als die Differenz zwischen dem Betrag der seinem Recht am ersteigerten Grundstück vorgehenden Belastungen und dem Betrag von $^7/_{10}$ des festgesetzten Grundstückswertes zur Deckung seiner Forderung hinreichen würde. Er soll vom Barerlös der mitversteigerten belasteten Grundstücke nur noch insoweit etwas beanspruchen dürfen, als seine Forderung den „fiktiven Er-

lös" des selbstersteigerten Grundstücks übersteigt; andernfalls werde er so behandelt, wie wenn seine Hypothek nur das selbsterworbene Grundstück belastet hätte.

Dem Gläubiger soll also sein durch § 1132 Abs. 1 Satz 2 BGB. begründetes Recht, seine Befriedigung nach Belieben aus jedem der belasteten Grundstücke ganz oder teilweise zu suchen, entzogen oder doch geschmälert werden. Dieses Ergebnis leitet der Verfasser aus „Sinn und Zweck" des § 3 VollstrSchVO. v. 26. Mai 1933 her.

Wenn die Aufhebung einer derart wichtigen Bestimmung, wie sie § 1132 Abs. 1 BGB. darstellt, ja die geradezu den essentiellen Charakter der Gesamthypothek begründet, durch eine NotVO. nachgewiesen werden soll, die überhaupt keine Bestimmungen über die Behandlung von Gesamthypotheken enthält, so muß schon verlangt werden, daß die Richtigkeit der Behauptung als logischen Ausflusses des Systems dieser VollstrSchVO. überzeugend dargelegt werde. Gerade in diesem entscheidenden Punkte ist aber die Begründung des Verfassers unzutreffend. Im einzelnen ist hierzu folgendes zu sagen.

Delcker sucht die Ausschaltung des freien Wahlrechts des Gesamthypothekars durch § 3 VollstrSchVO. damit zu begründen, daß letztere eine materiellrechtliche Bestimmung sei, während das Wahlrecht sich nur aus der zivilprozessualen (anscheinend als zweitrangig erachteten) Vorschrift des § 122 ZwVerstG. ergebe. Diese Meinung ist unzutreffend. Das Recht des Gläubigers der Gesamthypothek auf beliebige Inanspruchnahme der Einzelerlöse ist materiellrechtlicher Art; es ist eine selbstverständliche Folge des Wesens der Gesamthypothek und in § 1132 Abs. 1 BGB. geregelt. Dagegen behandelt § 122 ZwVerstG. nur den Fall, daß der Gläubiger keine Entscheidung über die Inanspruchnahme der Teilerlöse trifft, und weist überflüssigerweise (mit der Wendung: „unbeschadet ..." usw.) darauf hin, daß das grundsätzliche Wahlrecht des Gläubigers durch die für den Fall seiner Nichtausübung platzgreifende, die Gläubigerwahl ersetzende Verteilung von Amts wegen nicht berührt wird. Auch die letztere trägt dem Gedanken des § 1132 BGB. übrigens Rechnung und sichert dem Gläubiger seine möglichst volle Befriedigung im Rahmen des überhaupt vorhandenen Erlöses.

Die Vorschrift des § 1132 Abs. 1 BGB. ist derjenigen des Abs. 2 über die Aufteilung von Gesamthypotheken nicht nur gleichberechtigt, sondern übergeordnet, letztere ist nur ein Ausfluß der ersteren, allgemeineren Regel. Es erscheint daher wenig folgerichtig, wenn Delcker die VollstrSchVO. in das Aufteilungsrecht des Gläubigers nicht eingreifen lassen will, sondern vor dieser Konsequenz (a. a. O. S. 398 links) mit der Begründung zurückscheut, die materiellrechtliche Vorschrift des § 1132 BGB. habe durch die VollstrSchVO. nicht außer Kraft gesetzt werden können und sollen, es hätte sonst ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen werden müssen. Der Verfasser stellt anschließend dem Gläubiger anheim, zur Vermeidung der angeblichen Nachteile der VollstrSchVO. eine Verteilung nach § 1132 Abs. 2 BGB. vorzunehmen. Dieser Möglichkeit, von der ein Gläubiger auch noch nach der Versteigerung, solange die Hypothek nicht durch den Zuschlag erloschen ist, also noch nach ziffernmäßiger Feststellung des Versteigerungsergebnisses Gebrauch machen kann, soll demnach der Sinn und Zweck der VollstrSchVO. nicht entgegenstehen; durch eine in jedem denkbaren Falle anwendbare Maßnahme soll der Gläubiger alle Rechtsnachteile vermeiden können. Hier scheint doch etwas in dem zwingenden System der VollstrSchVO. nicht zu stimmen.

Der Verfasser gibt das auch zu (a. a. O. S. 298 links unten), verweist dann aber auf den Fall, daß das vom Gläubiger selbst erstandene Grundstück einzeln vor den mitbelasteten Grundstücken versteigert wird, in welchem Falle (unbestreitbar!) die Folgen des § 3 VollstrSchVO. eintreten; die Rechtslage könne aber keine andere sein, wenn von den zusammenversteigerten Grundstücken der Gläubiger nur eines erwirbt. Dieses Argument ließe sich mit der gleichen Waffe durch das Beispiel des entgegengesetzten Tatbestandes bekämpfen. Wenn nämlich die mit dem vom Gläubiger erworbenen Grundstück mithaftenden Grundstücke schon vorher versteigert und von Dritten erstanden waren, hat sich der Gläubiger am Barerlös der früher versteigerten Grundstücke befriedigen können, auch wenn andernfalls für seine volle, ursprüngliche Gesamtforderung der spätere fiktive Erlös nach § 3 VollstrSchVO. aus dem selbstgesteigerten Grundstück hingereicht hätte.

Die Hauptgründe für seine Auffassung glaubt Delcker in der Überlegung zu finden, daß der Gläubiger durch den Selbsterwerb des einen Grundstücks bereits im Augenblick des Zuschlages im Rahmen der $^{7}/_{10}$-Wertgrenze des erworbenen Grundstücks nach § 3 VollstrSchVO. als befriedigt gelte, so daß er insoweit im späteren Verteilungstermin keine Forderung mehr habe, wegen der er sich an den Erlös der mitversteigerten Grundstücke halten könne. Der Verfasser folgert aus dem zeitlichen Nacheinander der einzelnen Verfahrensstadien des ZwVerstG. — erst Zuschlag, dann Erlösverteilung — auch auf ein Nacheinander im Erwerb der Rechte, dergestalt, daß die durch den Zuschlag eintretende fiktive Befriedigung zeitlich früher entstehe als der Anspruch des Hypothekengläubigers auf den Barerlös, wobei die Begründung des letzteren Anspruchs offenbar auf den Termin zur Erlösverteilung datiert wird. Aber ganz abgesehen davon, daß es abwegig ist, die zeitliche Entstehung der Ansprüche des Hypothekengläubigers auf den Versteigerungserlös überhaupt in Zusammenhang mit dem zeitlichen Fortschreiten der (aus praktischen Erfordernissen getrennt aufeinanderfolgenden) Einzelakte des laufenden Versteigerungsverfahrens zu bringen, läßt sich auch hier wieder eine Verwechselung materiellrechtlicher und prozessualer Vorschriften erkennen. Der Anspruch des Gläubigers auf den Grundstückserlös ist mit dem Recht aus der Hypothek identisch und wird bereits mit deren Bestellung geboren, es entsteht nicht erst im Versteigerungsverfahren oder gar erst im Termin zur Erlösverteilung. Daher läßt sich nicht sagen, die fiktive Befriedigung nach § 3 VollstrSchVO. trete früher ein als der Anspruch auf den Versteigerungserlös, vielmehr war das Recht auf den letzteren im voraus latent seit der Hypothekenbestellung vorhanden und wurde im Versteigerungsverfahren lediglich erst aktuell, während gerade umgekehrt die fiktive Befriedigung nach § 3 später, nämlich durch den Zuschlag neu begründet wird. Die Frage ist aber überhaupt nicht durch chronologische, sondern nur durch rein logische Betrachtungen zu klären; hiernach ergibt sich aber die richtige Lösung aus dem inneren Zusammenhang der Bestimmungen der VO. selbst.

§ 3 VollstrSchVO. lautet:

Ist der Zuschlag einem zur Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigten zu einem Gebot erteilt, das einschließlich des Kapitalwerts der nach den Versteigerungsbedingungen bestehenbleibenden Rechte hinter sieben Zehnteilen des Grundstückswertes zurückbleibt, so gilt der Ersteher auch insoweit als aus dem Grundstück befriedigt, als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist, aber bei einem Gebot in der vorbezeichneten Höhe gedeckt sein würde.

Die Worte „auch insoweit" können nur bedeuten, daß der Anspruch des Gläubigers auf den Barerlös nicht berührt, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt wird; die VollstrSchVO. bestimmt lediglich, daß der Gläubiger außer mit dem Barerlös auch noch durch den Grundstückserwerb insoweit fiktiv befriedigt sein soll, als er es nicht schon real durch den Barerlös ist. Die VollstrSchVO. hat sich somit offensichtlich bewußt eines Eingriffes in die Verteilung des Barerlöses enthalten; der Anspruch auf letzteren richtet sich nach wie vor nach den allgemeinen Regeln des materiellen und prozessualen Rechts. Das ergibt sich deutlich aus den Worten: „auch insoweit ..., als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist". Das Bargebot, aus dem der Erlös stammt, ist ein Teil des Meistgebots. Ein Eingriff durch die VollstrSchVO. erfolgt nur in das Recht des Gläubigers auf den Bestand seines Ausfalls, welcher ganz oder teilweise durch die Befriedigungsfiktion zum Verschwinden gebracht wird. Daß nur die Ausfallsforderung betroffen wird, ergibt sich auch aus den Worten des § 2 VollstrSchVO.: „... zusammen mit dem Betrage, mit dem der Meistbietende bei der Verteilung des Erlöses ausfallen würde."

Der streitige § 3 VollstrSchVO. regelt also die Ausfallsforderung des Hypothekengläubigers (wobei nicht nur die persönliche Ausfallsforderung gegen den Schuldner, sondern jede an sich über die Versteigerung hinaus verbleibende, vielleicht anderweitig, auch samthypothekarisch, gesicherte Restforderung gemeint ist), nicht aber den Anspruch des Gläubigers auf den Barerlös, und beeinträchtigt daher auch nicht bei der Gesamthypothek das Wahlrecht des Gläubigers nach § 1132 Abs. 1 BGB. Eine Begründung der gegenteiligen Auffassung aus dem System der VollstrSchVO. wird dem ausgesprochenen Gesetzeszweck nicht gerecht. Die VollstrSchVO., die als Notgesetz keine extensive Auslegung zuläßt, will nur die Ausfallsforderung eines Gläubigers, der ein wertvolles Grundstück billig erwirbt, beschränken. Wenn der Verfasser von Sinn und Zweck der VollstrSchVO. spricht, so entnimmt er ihr wohl ein allgemeines Gebot, daß in jedem praktischen Falle des Grundstückserwerbs durch einen dinglichen Gläubiger zu einem die $^{7}/_{10}$-Grenze nicht erreichenden Preise auf eine möglichst hohe Anrechnung des fiktiven Erlöses auf die Gesamtforderung des Gläubigers hingewirkt werden müsse, und daß dieses Ergebnis im Falle der Gesamthypothek dadurch herbeizuführen sei, daß dem Gläubiger das freie Wahlrecht über die Einzelerlöse entzogen werde. Der Gläubiger müsse sich zuerst nur an das selbsterworbene Grundstück halten, den fiktiven Erlös möglichst stark in Anspruch nehmen. Nun besteht der Grundgedanke der VollstrSchVO. freilich darin, daß der vom Gläubiger infolge der niedrigen Grundstückspreise gewissermaßen ohne Rechtsgrund erworbene Mehrwert innerhalb der $^{7}/_{10}$-Grenze ihm angerechnet werden soll, angerechnet aber eben nur auf seine restliche Ausfallsforderung ohne Rücksicht auf deren Höhe. Es wäre eine Regelung denkbar gewesen, wonach der Grundstückserwerb stets als Befriedigung in voller Höhe der Wertgrenze zu gelten hätte mit der Wirkung, daß der erstehende Gläubiger den erlangten, seine Forderung übersteigenden Mehrwert — den fiktiven Erlös — in bar zu berichtigen habe, oder daß er wenigstens den Anspruch auf den Barerlös insoweit, als der fiktive Erlös zu seiner Befriedigung hinreicht, verliere, so daß dieser zur Verteilung an die nächstberechtigten Gläubiger bereitzustellen sei. Eine solche Befriedigung des Gläubigers „von hinten her", von der 70%igen Wertgrenze des Grundstücks nach vorn zum Barerlös hin, hat die VollstrSchVO. nicht gewollt. Sie bezweckt, wie fast alle in Krisenzeiten getroffenen Notmaßnahmen, mehr summarische Resultate ohne nähere Differenzierung, ohne den Anspruch zu erheben, den Gesamtkomplex des behandelten Gebietes nach Grundsätzen bestmöglicher Gerechtigkeit im einzelnen zu regeln. Derartige Regelungen hätten den Grundstücksverkehr im Zwangswege praktisch unterbunden. Ein Gläubiger, der seine kleine Forderung gerade noch ausbietet und den Zuschlag auf ein wertvolles Grundstück zu einem Spottpreis erhält, stellt sich im Ergebnis genau so, wie wenn er eine sehr hohe, die Wertgrenze erschöpfende Forderung gehabt hätte. Das ist das folgerichtige Ergebnis der Tatsache, daß das Gesetz die Ausfallsforderung reguliert, aber sich bewußt weiterer Eingriffe in die Behandlung des wirtschaftlichen Problems der Grundstücksverschleuderung in der Zwangsversteigerung enthält.

Die Berufung Delckers auf Sinn und Zweck der VollstrSchVO. wird am besten ad absurdum geführt in dem von ihm selbst (S. 397 links unten) gegebenen Beispielsfall. Hier will der Verfasser dem Gesamthypothekar die ganzen drei Barerlöse von 15000, 10000 und 5000 *RM* belassen. Dieser erwirbt aber doch u. a. das wertvolle Grundstück a, dessen $^{7}/_{10}$-Wert allein 35000 *RM* ist; er müßte doch konsequenterweise, wenn er schon den Erlös von 15000 *RM* bar erhält, sich den Restwert von 20000 *RM* als fiktiven Erlös anrechnen lassen und dadurch allein aus a mit 35000 *RM* befriedigt sein, denn die fiktive Befriedigung soll doch schon mit dem Zuschlag eintreten, der Anspruch auf die Barerlöse (der Grundstücke b und c) erst im Verteilungstermin. Und der letztere Anspruch könnte nur noch in Höhe von 5000 *RM* bestehen, dann ist der Ersteher voll befriedigt und müßte den seinen „Ausfall" am Grundstück a übersteigenden Erlös aus b und c den nachfolgenden Gläubigern zur Verfügung stellen. Andernfalls bestünde ein Widerspruch zu der generell vertretenen Auffassung.

Hiermit dürfte nachgewiesen sein, daß die VollstrSchVO. einen Eingriff in das freie Wahlrecht des Gesamthypothekars bei gleichzeitiger Versteigerung der belasteten Grundstücke auch dann nicht vornimmt, wenn der Gesamthypothekar nur eines der belastet gewesenen Grundstücke selbst erwirbt und die 70%ige Wertgrenze dieses Grundstücks zu seiner vollen Befriedigung hinreichen würde. Er hat es vielmehr in der Hand, die Nachteile der „Auch"-Befriedigung aus dem fiktiven Erlös mehr oder weniger unschädlich zu machen, indem er in erster Linie die Barerlöse aus den von Dritten ersteigerten Grundstücken beansprucht. Je mehr er hieraus befriedigt wird, mit einer um so geringeren Ausfallsforderung fällt er in den leeren Raum der $^{7}/_{10}$-Wertgrenze des selbstersteigerten Grundstücks, die seine Restforderung verschlingt, ohne daß es in den meisten Fällen auf deren absolute Höhe ankommt. Soweit aber der Barerlös nicht ausreicht, gilt er nach § 3 VollstrSchVO. als fiktiv befriedigt, es sei denn, daß seine Forderung so hoch war, daß sie die $^{7}/_{10}$-Grenze überschreitet; in Höhe des übersteigenden Betrages bleibt ihm eine echte Ausfallsforderung erhalten.

Der Verfasser hat sichtlich das richtige Gefühl dafür, daß § 3 VollstrSchVO. nur über die Ausfallsforderung Bestimmungen trifft. Er erörtert unter II, 2, b die Frage, „ob der Gläubiger sich in Höhe des vollen Ausfalls, den er bei den ersteigerten Grundstücken erleidet, noch an die andern Grundstücke (d. h. deren Erlös) halten kann", und gibt die Antwort: „erst, wenn bei Anwendung des § 3 noch ein Ausfall besteht, kann der Ausfall bei den übrigen mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücken geltend gemacht werden." „Andernfalls wäre der Zweck des § 3 VollstrSchVO., der verhindern soll, daß der Gläubiger ein wertvolles Grundstück billig erwirbt und doch noch seine Forderung anderweitig verfolgen kann, vereitelt." Diese Ausführungen wären ganz richtig, wenn „die andern belasteten Grundstücke" nicht mitversteigert, sondern noch mit der Gesamthypothek belastet wären. Sie sind ja aber mitversteigert worden und haben zu dem gemeinschaftlichen Erlös beigetragen. Der Verfasser muß also, um seinen Eingriff in das wahlweise Befriedigungsrecht des Gesamthypothekars zu rechtfertigen, in Abweichung von der üblichen Terminologie die Inanspruchnahme der aus den versteigerten Grundstücken erzielten Erlöse als wechselseitige Geltendmachung von Ausfallsforderungen charakterisieren, derart, daß die Inanspruchnahme eines jeden Erlösteiles als eine Befriedigung des durch die andern Erlösteile nicht gedeckten „Ausfalls" hingestellt wird. Diese Betrachtungsweise ist nicht stichhaltig. Soweit durch die Versteigerung aller belasteten Grundstücke in einem einzigen Verfahren dem Gläubiger Erlöse anfallen, ist er befriedigt und hat keine Forderung mehr; der „Anfall" ist Befriedigung, nicht „Ausfall" und damit nicht ein „Anspruch" im Sinne des § 3 VollstrSchVO., den die Befriedigungsfiktion erfaßt. Soweit Erlöse zur Verfügung stehen, kann demnach nicht von Ausfall die Rede sein, mindestens nicht im Sinne des von § 3 VollstrSchVO. gemeinten Ausfalles; ein solcher ist für den Gläubiger nur insoweit vorhanden, „als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist", also soweit das Meistgebot keinen Barerlös gebracht hat.

Auch wenn der Verfasser der VO. eine besondere Regelung bei Gesamthypotheken ins Auge gefaßt hätte, würde er wohl einen Eingriff in das Wahlrecht des Gesamthypothekars nicht vorgenommen haben. Warum sollte der Gläubiger gezwungen werden, seine Forderung auf die ungünstigste Weise zu verteilen, seine Ausfallsforderung, die durch den fiktiven Erlös abgegolten wird, künstlich zu erhöhen? Selbst für den Fall, daß ohne aktive Betätigung des Gläubigers die Verhältnisverteilung des § 122 ZwVerstG. Platz greift, will Delcker dem Gläubiger die ihm von Amts wegen zugeteilten Erlöse nehmen, soweit Raum zur Befriedigung aus dem fiktiven Erlös vorhanden ist. Einen derartig schwerwiegenden Eingriff in das Gläubigerrecht, der das Wesen der Gesamthypothek in ihr Gegenteil verkehren würde, hätte der Gesetzgeber wohl nie erwogen. Es ist anerkannten Rechts, daß

das freie Wahlrecht des Gesamthypothekars nicht einmal durch den Rahmen seiner vollen Befriedigungsmöglichkeit begrenzt wird; auch wenn er durch irgendeinen Verteilungsmodus nachweislich ganz befriedigt würde, braucht er sich dessen Annahme nicht aufzwingen zu lassen. Er darf z. B. auch außerhalb seiner Hypothek liegende wirtschaftliche Vorteile durch die Art der Verteilung erstreben und kann z. B. bei Versteigerung eines Teils der Grundstücke auf den ihn treffenden Erlös verzichten, um den freiwerdenden Erlösteil einem ihm selbst oder einem von ihm begünstigten Dritten zustehenden nachrangigen Rechte zukommen zu lassen. Er kann nach Willkür handeln und bis zur Grenze der Arglist gegenüber andern Berechtigten gehen. Diese Rechte können nicht durch die Konstruktion eines verschwommenen, dem Wortlaut des Gesetzes widersprechenden Begriffes von Sinn und Zweck der VO. einfach in ihr Gegenteil verkehrt werden.

Es ist daher daran festzuhalten, daß der Gläubiger der Gesamthypothek wie der einer gewöhnlichen Hypothek den Versteigerungserlös, soweit er in sein Recht fällt, stets auch in bar erhält, und daß er von der fiktiven Befriedigung nur insoweit betroffen werden kann, als er über diesen Erlös hinaus noch eine Forderung hätte, mit diesem Überschuß aber in die $^7/_{10}$-Wertgrenze des selbstersteigerten Grundstücks fällt.

Bei nicht gemeinsamer Versteigerung der belasteten Grundstücke ergeben sich folgende Besonderheiten.

Werden in den ersten Verfahren die belasteten Grundstücke von Dritten erstanden, so kann der Gesamthypothekar, wie immer, die in sein Recht entfallenden Erlöse beanspruchen und dadurch seine Forderung vermindern; ersteht er später selbst ein Grundstück, wobei § 3 VollstrSchVO. Anwendung findet, ist die Gefahr eines formellen, durch die Befriedigungsfiktion zu absorbierenden Ausfalls nicht mehr groß. Anders, wenn er gleich das erste zur Versteigerung gelangende Grundstück selbst zu übernehmen gezwungen ist und dessen die vorgehenden Lasten übersteigender Wert sehr hoch ist. Auch in diesem Falle hat der Gläubiger natürlich das Recht, den auf ihn entfallenden Erlös zu einem geringeren Teil oder gar nicht zu beanspruchen (§ 1132 Abs. 1 BGB.). Dieser Verzicht führt ihn aber im Endergebnis nicht weiter. Wohl behält er dann seine hohe formale Forderung, aber je weniger er vom Barerlös des ersteigerten Grundstücks beansprucht, um so höher wird er fiktiv befriedigt. Die Grenze des fiktiven Erlöses bestimmt sich ja nach dem absoluten Grundstückswert, und es ist praktisch ganz gleichgültig, inwieweit der Gläubiger aus dem Barerlös selbst befriedigt wird, d. h. inwieweit der durch die Differenz zwischen den vorgehenden Belastungen und den 70% des Grundstückswertes gebildete Raum entweder durch das Meistgebot oder aber durch den Bereich des fiktiven Erlöses ausgefüllt wird. Die Befriedigung des Gläubigers erfolgt durch den Barerlös, den er an sich selbst zahlen muß, und den fiktiven Erlös zusammen; beide zehren die Forderung gleichermaßen auf und bringen keinen realen Ertrag. Soweit hierdurch die Forderung aus dem ersteigerten Grundstück befriedigt ist, kann sie auch nicht mehr aus der Gesamthypothek an den nichtversteigerten Grundstücken geltend gemacht werden.

Man könnte vielleicht einwenden, soweit der Gläubiger seine Forderung in der ersten Versteigerung nicht geltend gemacht hat, bewirke der Wortlaut des Gesetzes „insoweit ... als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist", daß die nicht (ganz oder teilweise) beanspruchte Forderung bestehen bleibe und aus den übrigen Grundstücken befriedigt werden könne. Diese Argumentation wäre falsch. Unter „Anspruch" ist die ganze Forderung ohne Rücksicht auf ihre Beanspruchung zu verstehen, und auch bei der Gesamthypothek handelt es sich um eine — bis zur etwaigen Verteilung nach § 1132 Abs. 2 BGB. — einheitliche Forderung. Im ersten Verfahren, auf das § 3 VollstrSchVO. Anwendung findet, wird also die ganze zur Zeit bestehende Forderung von der Befriedigungsfiktion erfaßt. Dieses Ergebnis hat mit einer Beschränkung des Befriedigungswahlrechts nach § 1132 Abs. 1 Satz 2 BGB. nichts zu tun. Die fiktive Befriedigung wirkt sich auf den künftigen Bestand der Gesamthypothek wie eine sonstige Befriedigung außerhalb des Versteigerungsverfahrens aus, sie ist als solche auch keine „Befriedigung aus dem Grundstück" im Rechtssinne, sondern ein allerdings aus dem Vermögen des Grundstückseigentümers bewirkter, dem Gläubiger aufgezwungener schuldrechtlicher Befriedigungsakt. Daher kann sie auch im Verfahren gemeinsamer Versteigerung akut werden, aber nur hinsichtlich der nach Inanspruchnahme der Barerlöse verbleibenden Restforderung.

IV.

Von Gerichtsassessor Delcker, z. Z. Konstanz

(Stellungnahme zu den Aufsätzen von Wilhelmi und Hoedt)

I. Bei meinen Ausführungen JW. 1935, 396 ff. und den darin gewählten Beispielen kam es mir weniger auf eine rechnerische Behandlung der Frage an, wie sich im einzelnen Fall der Betrag, in dessen Höhe auch die persönliche Forderung des Hypothekengläubigers als erloschen gilt, errechnet; ich wollte vielmehr in der Hauptsache auf die Frage eingehen, ob der durch eine Gesamthypothek gesicherte Gläubiger, der eines oder mehrere von den belasteten Grundstücken in der Zwangsversteigerung ersteht, einen dinglichen Ausfall an den erworbenen Grundstücken auch dann im Verteilungsverfahren noch geltend machen und den Barerlös der von Dritten ersteigerten mitbelasteten Grundstücke in Anspruch nehmen kann, wenn er bei Anwendung des § 3 VollstrSchVO. bereits durch den Erwerb der ersteigerten Grundstücke für seine persönliche Forderung als befriedigt anzusehen wäre. Die gewählten Beispiele sind im wesentlichen darauf abgestellt, diese rechtliche Frage zu veranschaulichen.

An der grundsätzlichen Beantwortung der Frage kann sich aber nichts ändern, auch wenn man die Berechnung im einzelnen in der von Wilhelmi vorgenommenen Art und Weise durchführt. Das ist auch bereits in den Ausführungen Wilhelmis zum Ausdruck gekommen.

II. Die Ausführungen von Hoedt können mich nicht überzeugen.

Der Gesetzgeber hat im I. Abschnitt der VollstrSchVO. v. 26. Mai 1933 über das „Mindestgebot" die Frage der Behandlung der Gesamthypotheken nicht geregelt. Die Gesamthypotheken sind überhaupt nicht erwähnt. Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die Gesamthypotheken von der getroffenen Regelung nicht berührt werden sollten und daß für sie nach wie vor nur die Vorschriften des BGB. und des ZwVerstG. gelten sollen; denn wenn der Gesetzgeber in § 3 VollstrSchVO. von „einem zur Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigten" spricht, hat er mit diesem ganz allgemein gehaltenen Ausdruck alle dinglich gesicherten Gläubiger, also auch die Gesamthypothekare gemeint. Daß § 3 VollstrSchVO. grundsätzlich auch auf Gesamthypotheken anzuwenden ist, bestreitet Hoedt nicht.

Wenn man aber schon auf dem Standpunkt steht, daß § 3 VollstrSchVO. auf Gesamthypotheken anzuwenden ist, muß man bei auftretenden Zweifelsfragen ein Auslegung wählen, die dem Grundgedanken des § 3 VollstrSchVO. gerecht wird. Die Entscheidung darf nur so ausfallen, wie sie der Gesetzgeber selbst vorgenommen hätte, wenn er diesen Fall geregelt hätte.

1. Maßgebend für die Anwendung des § 3 VollstrSchVO. ist das „Erstehen", d. h. die Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses; damit ist der Tatbestand des § 3 VollstrSchVO. erfüllt und die fiktive Befriedigung des Gläubigers tritt automatisch ein (vgl. hierzu Jonas-Pohle, Zwangsvollstreckungsnotrecht, 1934, Anm. 4 zu § 3 VollstrSchVO.).

Wenn der Gesamthypothekar in diesem Zeitpunkt seine Forderung noch nicht auf die einzelnen belasteten Grundstücke verteilt hat, kann er nicht mehr verteilen, wenigstens nicht mehr den Teil der Forderung, der nach § 3 VollstrSchVO. als erloschen gilt. Es ist insoweit sowohl eine Verteilung nach § 1132 BGB. wie nach § 122 ZwVerstG. ausgeschlossen, weil keine Forderung mehr da ist, die verteilt werden könnte.

In diesem Sinn waren auch meine Ausführungen zur Frage der Verteilung der Forderung nach § 1132 BGB. zu verstehen (vgl. Wilhelmi unter 2). Ich wollte damit nicht sagen, daß der Gläubiger die Verteilung nur vor der Zwangsversteigerung vornehmen kann. Nach der Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses ist für eine Verteilung sowohl nach § 1132 BGB. wie nach § 122 ZwVerstG. insoweit kein Raum mehr, als die Forderung infolge der Befriedigungsfiktion des § 3 VollstrSchVO. als erloschen gilt.

Die rechtliche Beurteilung muß hier die gleiche sein, wie wenn der Gläubiger in Höhe des nach § 3 VollstrSchVO. zu errechnenden fiktiven Befriedigungsbetrags durch Zahlung befriedigt worden wäre. In diesem Fall käme niemand auf den Gedanken, noch eine Verteilung dieser Forderung, in deren Höhe der Gläubiger nicht bloß fiktiv, sondern tatsächlich befriedigt ist, auf die mithaftenden Grundstücke oder ihre Berücksichtigung im Teilungsplan für möglich zu halten. Die Rechtslage ist aber nicht anders, wenn, wie hier, das Gesetz vorschreibt, daß der Gläubiger als befriedigt anzusehen ist, obwohl er keine Zahlung erhalten, sondern nur ein Grundstück ersteigert hat, bei dem die Voraussetzungen des § 3 VollstrSchVO. vorliegen.

Weiterhin ergibt sich die Richtigkeit der von mir vertretenen Ansicht daraus, daß auch Mitschuldner und Bürgen, sowie Faustpfänder und zur Sicherung übereignete bewegliche Sachen von der Haftung frei werden, wenn bei der Hypothekenschuld, für die sie verhaftet waren, die Voraussetzungen des § 3 VollstrSchVO. vorliegen. Daß die Rechtslage in dieser Hinsicht bei mithaftenden Grundstücken dann eine andere sein soll, wenn sie mit einer Gesamthypothek belastet sind, kann ich nicht anerkennen (vgl. hierzu Jonas-Pohle a. a. O. Anm. 2 zu § 3 VollstrSchVO.).

2. Die Ansicht Hoedts geht nun dahin, daß § 3 VollstrSchVO., wie in den Worten „auch insoweit ... als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist" zum Ausdruck gekommen sei, überhaupt nur die Ausfallforderung regle und den Anspruch des Gläubigers auf den Barerlös nicht berühre, daß sich die VO. vielmehr bewußt eines Eingriffs auf das Bargebot, das in voller Höhe dem Gläubiger zur Verfügung stehe, enthalten habe.

Die Ansicht ist insofern richtig, als bei einer gewöhnlichen Hypothek, von der der Gesetzgeber bei der Fassung des § 3 VollstrSchVO. ersichtlich ausgegangen ist, durch § 3 VollstrSchVO. dem Gläubiger nicht der Anspruch auf das Bargebot entzogen wird und er sich, solange seine Forderung nicht befriedigt ist, an das Bargebot halten kann. An einem möglichst hohen Bargebot hat aber im Fall des § 3 der Gläubiger, der das Grundstück selbst ersteigert, kein Interesse; denn er muß das Bargebot selbst erlegen.

Wenn demnach § 3 VollstrSchVO. von einem Meistgebot spricht, kann dabei immer nur das Meistgebot des erstehenden Gläubigers gemeint sein, der in der Lage ist, gerade insoweit an seine Hypothek heranzubieten, als erforderlich ist, um das Bargebot und die vorhergehenden Rechte zu decken. Etwas anderes als das Meistgebot des erstehenden Gläubigers kann § 3, der ersichtlich nur von der gewöhnlichen Hypothek ausgeht, nicht meinen. Deshalb ist auch in dem vom Gesetz angenommenen Fall ein dinglicher Ausfall des Gläubigers nur dann vorhanden, wenn ein Teil seiner Forderung weder durch das Meistgebot noch durch die Befriedigungsfiktion des § 3 VollstrSchVO. gedeckt ist.

In dem von mir in der JW. 1935, 396 unter III behandelten Fall ist es aber gerade so, daß der Gesamthypothekar nur eines oder einen Teil der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke selbst ersteht und daß das oder die andern mitbelasteten Grundstücke von Dritten ersteigert werden. Auf diese von Dritten erworbenen Grundstücke hat aber der Gesamthypothekar kein Meistgebot abgegeben und bei ihnen hat er deshalb auch insoweit keinen Anspruch auf den Barerlös, als sein Anspruch durch das (ergänze: von ihm) abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist, aber bei einem (ergänze: von ihm abzugebenden) Gebot in der Höhe von $^{7}/_{10}$ des oder der Werte der von ihm ersteigerten Grundstücke gedeckt sein würde. § 3 VollstrSchVO. stellt immer auf die Tatsache des Erstehens durch den Hypothekengläubiger ab. Wenn der durch eine Gesamthypothek gesicherte Gläubiger nicht alle belasteten Grundstücke selbst ersteigert, greift § 3 VollstrSchVO. auch in das Recht des Gesamthypothekars auf den Barerlös der nicht von ihm, sondern von Dritten erworbenen Grundstücke ein. Daran ändern die Worte „auch insoweit" in § 3 VollstrSchVO. nichts, weil dort immer vorausgesetzt ist, daß „der Zuschlag einem zur Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigten erteilt wird".

Der Sinn und Zweck des Gesetzes, das verhindern will, daß der dinglich gesicherte Gläubiger ein wertvolles Grundstück weit unter dem wirklichen Wert ersteht und gleichwohl seine Forderung entweder im Konkurs des Schuldners oder gegenüber mithaftenden Bürgen oder mitverhafteten beweglichen Sachen oder Grundstücken geltend macht zum Schaden des Schuldners oder der anderen Gläubiger des Schuldners, hat schon im Wortlaut des § 3 VollstrSchVO. einen so klaren Ausdruck gefunden, daß man nicht von einer unzulässigen extensiven Auslegung reden kann. Nach § 3 VollstrSchVO. gilt jeder zu Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigte — ohne Rücksicht auf die Art seiner Sicherung —, falls ihm der Zuschlag erteilt wird, auch insoweit als aus dem (ergänze: von ihm ersteigerten) Grundstück befriedigt, als sein Anspruch durch das von ihm abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist, aber gedeckt sein würde, wenn der Gläubiger die bestehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Grundstücksmarktes nicht hätte ausnützen können und, um das Grundstück zu erstehen, ein Gebot von $^{7}/_{10}$ des Grundstückswertes hätte abgeben müssen. So betrachtet, muß man zwingend zum Ergebnis kommen, daß der Gesamthypothekar sich an das Bargebot anderer mitbelasteter, aber von ihm nicht ersteigerter Grundstücke insoweit nicht halten kann, als er nach § 3 VollstrSchVO. bereits aus den von ihm ersteigerten Grundstücken als befriedigt gilt.

Damit erledigen sich auch die Einwendungen Hoedts gegen eine von mir gewählte chronologische Betrachtung, die man durch eine logische ersetzen müsse; denn § 3 VollstrSchVO. kann erst dann angewendet werden, wenn der Zuschlag rechtskräftig dem Hypothekengläubiger erteilt ist. Das von mir gefundene Ergebnis bedeutet auch nicht „eine Befriedigung des Gläubigers von hinten her, von der 70%igen Wertgrenze des Grundstücks zum Barerlös hin", wie Hoedt meint; es ist immer zunächst der Gläubiger berechtigt, sich an den Barerlös des von ihm ersteigerten Grundstücks zu halten und erst dann muß geprüft werden, inwieweit der Gläubiger für den verbleibenden dinglichen Ausfall nach § 3 VollstrSchVO. als befriedigt gilt durch den Erwerb des Grundstücks. Weil aber § 3 VollstrSchVO. auf die Tatsache des Erstehens des Grundstücks durch den dinglich Berechtigten abstellt, kann der Gesamthypothekar sich an die Barerlöse von ihm nicht ersteigerter Grundstücke nur dann halten, wenn unter Berücksichtigung des § 3 VollstrSchVO. hinsichtlich der von ihm ersteigerten Grundstücke noch ein Ausfall vorhanden ist.

Mit dem gefundenen Ergebnis steht auch das von mir in JW. 1935, 396 unter II, 1 gegebene Beispiel nicht in Widerspruch, denn dort erwirbt der Gesamthypothekar sämtliche mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke selbst. Hier kann er zwar sämtliche Barerlöse in Anspruch nehmen; es handelt sich aber dabei um sein Geld und nicht, wie in dem streitigen Fall, um das Geld Dritter, die andere mitbelastete Grundstücke ersteigert haben. Die Befriedigung des Gläubigers erfolgt hier durch Barerlöse, die er an sich selbst zahlen muß, und durch den fiktiven Erlös zusammen. Sie bringen also dem Gläubiger, wie Hoedt für einen Fall nicht gemeinsamer Versteigerung am Schluß ausführt, keinen realen Ertrag. An einem solchen Bargebot hat der Gläubiger kein Interesse; weder der Schuldner noch andere Gläubiger des Schuldners sind dadurch geschädigt, weil es für sie belanglos ist, ob der Gesamthypothekar durch Barerlöse, die er an sich selbst bezahlen muß, oder fiktiv für seine Forderung befriedigt wird.

III. Die Erläuterungsbücher (z. B. Jonas-Pohle a. a. O. Anm. 7 zu § 3 VollstrSchVO.) nehmen von ihrem

Standpunkt aus, da sie auf die Frage der Behandlung der Gesamthypotheken unter dem Gesichtspunkt des § 3 VollstrSchVO. nicht eingehen, mit Recht an, daß die Funktionen des Vollstreckungsgerichts im Verteilungsverfahren durch § 3 VollstrSchVO. nicht erweitert sind; denn zu prüfen, ob die Forderung des Hypothekengläubigers im Verhältnis zu Mitschuldnern oder Bürgen erloschen ist, oder inwieweit sie noch im Konkurs des Schuldners geltend gemacht werden kann — nur diese Fälle behandeln die Erläuterungsbücher —, ist nicht Sache des Vollstreckungsgerichts, das lediglich den bei der Versteigerung erzielten Erlös zu verteilen hat.

Bei gleichzeitiger Versteigerung mehrerer mit einer Gesamthypothek belasteter Grundstücke, die an verschiedene Ersteher, darunter auch den Gesamthypothekar, zugeschlagen werden, muß aber das Vollstreckungsgericht, wenn es den Erlös verteilen will, auch prüfen, inwieweit eine Forderung des Gesamthypothekengläubigers noch besteht, die bei der Erlösverteilung berücksichtigt werden kann. Ebenso wie eine im Lauf des Zwangsversteigerungsverfahrens erfolgte Zahlung, muß das Vollstreckungsgericht auch die fiktive Befriedigung des Gläubigers im Verteilungsverfahren berücksichtigen. Denn wenn, wie hier, der Gesamthypothekengläubiger durch den Erwerb eines oder mehrerer Grundstücke bereits befriedigt ist, erhält er von dem Barerlös, der durch den Zuschlag anderer mitversteigerter Grundstücke erzielt wird, nichts. Dieser Barerlös ist im Verteilungsverfahren nach Maßgabe der an diesen Grundstücken bestehenden weiteren Belastungen zu verteilen. Wenn der nach § 3 VollstrSchVO. vom Vollstreckungsgericht als befriedigt betrachtete Gläubiger die Voraussetzungen des § 3 nicht für gegeben erachtet, muß es ihm überlassen bleiben, gegen den Verteilungsplan Widerspruch zu erheben.

Bedarf die Umwandlung einer Erbhofhypothek in eine Gläubigergrundschuld der anerbengerichtlichen Genehmigung?

Mit der vorstehenden Frage hat sich das KG. in seinem Beschl. v. 17. Jan. 1935 (JW. 1935, 1184 [1]) beschäftigt. Es kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die Umwandlung einer auf einem Erbhof ruhenden Verkehrshypothek in eine Gläubigergrundschuld gleicher Höhe nicht der Genehmigung des AnerbG. bedarf.

Diese Auffassung halte ich nicht für richtig. Die folgenden Ausführungen, die dies eingehender dartun sollen, waren ursprünglich als Anmerkung zu der Entsch. des KG. in Aussicht genommen, werden aber auf Wunsch der Schriftleitung wegen des den Rahmen einer Besprechung überschreitenden Umfangs an dieser Stelle gebracht.

1. Das KG. geht in seinem Beschl. v. 8. Febr. 1934 (JFG. 11, 368; JW. 1934, 1244; DNotZ. 1934, 346) m. E. mit Recht davon aus, daß § 37 Abs. 2 RErbhofG., sollen nicht einer Umgehung des Belastungsverbotes Tür und Tor geöffnet werden, weit auszulegen sei. Daraus ergebe sich, daß die anerbengerichtliche Genehmigung nicht nur für *Neubelastungen* erforderlich sei, sondern auch für solche *Änderungen des Inhalts* der an Erbhofgrundstücken *bereits bestehenden dinglichen Rechte*, durch welche die dingliche Haftung des Grundstücks irgendwie erweitert oder die dingliche Bindung für den Grundeigentümer lästiger gestaltet wird.

Im Beschl. v. 17. Jan. 1935 bekennt sich das KG. erneut zu dieser Grundauffassung, trägt ihr aber nicht in vollem Umfang Rechnung.

Es verlangt die anerbengerichtliche Genehmigung zwar für die nachträgliche Vereinbarung, daß die Hypothekenforderung nicht mehr mit Schuldverschreibungen der Deutschen Rentenbank Kreditanstalt zu einem bestimmten Umrechnungswert soll getilgt werden dürfen, nicht aber für die Umwandlung der Darlehenshypothek in eine Grundschuld. Der Unterschied, den das KG. hier macht, erscheint aber gerade bei einer weiten Auslegung des § 37 Abs. 2 RErbhofG. nicht gerechtfertigt.

2. Es ginge sicher zu weit, wenn man beispielsweise mit dem ErbhGer. München (Beschl. v. 2. Juni 1934: ErbhRspr. § 37b Nr. 41; ablehnend besprochen von *Bohnen*) die Belastung von Erbhofgrundstücken mit Grundschulden von vornherein für unmöglich halten würde. Es werden sich durchaus Fälle denken lassen, in denen die Belastung eines Erbhofs mit einer Grundschuld unbedenklich erscheint, weil nach den Verhältnissen des Einzelfalls sowohl auf seiten des Bauern wie auf seiten des Realgläubigers die Gefahr des Mißbrauchs und der Umgehung oder Ausnutzung des Belastungsverbots nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen ist.

Im übrigen besteht die Möglichkeit, durch Auflagen dahin zu wirken, daß durch Festsetzung von Bedingungen oder durch entsprechende schuldrechtliche Abmachungen die Gefahren, die die Grundschuldbestellung mit sich bringt, auf ein Mindestmaß herabgedrückt werden.

3. Es ist aber nicht zu leugnen, daß der Grundeigentümer bei der Grundschuld wesentlich schlechter gestellt ist, als bei der Hypothek. Es soll nicht verkannt werden, daß die Grundschuld, insbes. die Eigentümerbriefgrundschuld, auch für den Eigentümer Vorteile bietet. In erster Linie dient sie jedoch Gläubigerinteressen. Das ergibt sich schon daraus, daß die Kredithergabe in immer größerem Maße von der Sicherung durch Grundschulden abhängig gemacht worden ist, daß Banken und Sparkassen vielfach sogar satzungsmäßig Beleihungen nur auf Grundschuldbasis vornehmen dürfen (vgl. die Ausführungen in dem Beschl. des ErbGer. Stuttgart v. 16. Okt. 1934: JW. 1935, 644 [646]).

So zweckmäßig nun die Grundschuld für den Gläubiger sein mag, so verhängnisvoll kann sie für den in Dingen des Rechts unerfahrenen und ungewandten Schuldner werden.

Die Grundschuld ist wohl formalrechtlich gesehen eine von einer zu sichernden Forderung völlig unabhängige dingliche Belastung (§ 1192 Abs. 1 BGB.); das ändert aber nichts daran, daß sie wirtschaftlich, soweit sie nicht ursprünglich Eigentümergrundschuld ist, *in den meisten Fällen* der Sicherung einer Forderung dient, also „*Sicherungsgrundschuld*" ist.

Die hier gebotene Unterscheidung ist dem Rechtswahrer geläufig. Dem Rechtsempfinden vieler Volksgenossen aber liegt die Vorstellung einer abstrakten Verpflichtung oder Belastung, wie oft genug beobachtet werden kann, vollkommen fern; dies führt zu Mißverständnissen, Gefahren und Schädigungen, die gerade dem Bauern, wenn irgend möglich, durch die anerbengerichtliche Mitwirkung erspart werden müssen.

Vergleicht man die rechtliche Ausgestaltung der Grundschuld im einzelnen mit der Regelung, die die Hypothek erfahren hat, so kann der Unterschied zuungunsten des Eigentümers nicht geleugnet werden.

Während die Hypothek zum Eigentümerpfandrecht wird, wenn die gesicherte Forderung durch Zahlung oder aus anderen Gründen nachträglich erlischt (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB.), bleibt die Grundschuld nach wie vor bestehen, auch wenn die Forderung, die den Anlaß zu ihrer Begründung gab, in Wegfall kommt.

Während eine Hypothek, die in Wahrheit Eigentümerpfandrecht ist, trotz Übertragung dem Eigentümer erhalten bleibt, wenn der Erwerber weiß, daß die durch die Hypothek gesicherte Forderung nicht mehr besteht (§ 1138 mit § 892 BGB.), kann eine Grundschuld auch dann wirksam übertragen werden, wenn dem Erwerber bekannt ist, daß die Forderung, deren Sicherung die Grundschuld dienen sollte, längst erloschen ist (§ 1192 Abs. 1 BGB.).

Gewiß, von einem rein *formalen* Standpunkt aus können diese Unterschiede als unerheblich bezeichnet werden.

Formal konnte das KG. auch beanstanden, daß sich das GBA. (als erste Instanz) bei seiner Zwischenverfügung von der Erwägung hatte leiten lassen, durch die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld werde die Möglichkeit geschaffen, daß künftig im *Ergebnis* andere, *bisher ungesicherte Forderungen dinglich gesichert würden*.

Berücksichtigt man aber, daß nach feststehender Rechtsprechung bei der Genehmigung einer dinglichen Belastung von den Anerbenbehörden auch auf das der Belastung zugrunde liegende Kausalverhältnis Rücksicht zu nehmen ist (vgl. RErbhGer., Beschl. v. 18. Okt. 1934: JW. 1935, 610; ErbhGer. Dresden, Beschl. v. 23. Mai 1934: ErbhRspr. § 15 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG., Nr. 5; ErbhGer. Stuttgart, Beschl. v. 29. Juni 1934: JW. 1934, 2482; ErbhRspr. § 37b Nr. 27), so wird man jene *streng formale Betrachtung*, wie sie das KG. seiner Entscheidung zugrunde legt, im Bereiche des Reichserbhofrechts *nicht als ausschlaggebend* erachten können.

Dies ist auch gegen die Ausführungen *Imhofs* (JW. 1935, 644, Anm. zur Entsch. Nr. 26) zu sagen, der beispielsweise die Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Grundschuld (ohne gleichzeitige Vereinbarung einer Veränderung des neuen Rechts) für genehmigungsfrei hält. Er verneint eine Neubelastung des Erbhofs, weil das betreffende Grundstück schon vor der Umwandlung bis zu dem eingetragenen Höchstbetrag belastet gewesen sei. Soweit die Umwandlung einen nichtvalutierten Teil der Höchstbetragshypothek betreffe, entstehe zwar eine Fremdgrundschuld; dieser Rechtsvorgang sei aber ebenso zu werten, wie wenn die Höchstbetragshypothek auf normale Weise allmählich ausgefüllt worden wäre.

Diese Begründung ist unvollständig, weil sie nur auf den äußer-

lichen, objektiven Umfang der Grundpfandrechte, der sich bei Hypothek und Grundschuld völlig decken kann, abstellt, nicht aber die unterschiedliche Intensität der Belastung, die sich aus dem Gegensatz einerseits der Anlehnungsbedürftigkeit der Hypothek (§ 1113 Abs. 1 BGB.), andererseits der abstrakten Natur der Grundschuld (§ 1192 Abs. 1 BGB.) zwangsläufig ergibt, berücksichtigt.

Trägt man all diesen Erschwerungen, die die abstrakte Grundstücksbelastung mit sich bringt, Rechnung, so kann die Verschlechterung der dinglichen Rechtslage des Eigentümers und damit die Genehmigungsbedürftigkeit der Hypothekenumwandlung nach § 37 Abs. 2 RErbhofG. nicht in Abrede gestellt werden.

Bohnen (ErbhRspr. § 27b Nr. 41, Anm.) meint zwar, die Gefahren, die die Grundschuld mit sich bringe, fielen nicht so schwer ins Gewicht, weil sie in großem Umfang auch bei der Hypothek auftreten könnten. Nun ist es zwar richtig, daß sich Verkehrshypothek und Grundschuld in vielen Beziehungen nahekommen können, weil unter dem Einfluß des guten Glaubens (§§ 892, 1138 BGB.) u. U. auch eine Verkehrshypothek übertragen werden kann, ohne daß die zugrunde liegende Forderung noch besteht. Aber dieses Ergebnis könnte doch nur den Schluß nahelegen, in den Fällen, in denen auch heute noch eine dingliche Belastung des Erbhofs geboten erscheint und zugelassen werden kann, in erster Linie die Belastung mit Sicherungshypotheken (§ 1184 BGB.) ins Auge zu fassen und nicht nur die Umwandlung von Hypotheken in Grundschulden, sondern schon die Umwandlung von Sicherungs- in Verkehrshypotheken als genehmigungspflichtig zu behandeln.

4. Einen beachtenswerten Beitrag zur Lösung der vom KG. behandelten Frage hat schon das ErbhGer. Stuttgart mit seinem Beschl. v. 16. Okt. 1934 (JW. 1935, 644[26]) geleistet; es hat dort mit Recht ausgeführt, daß die Genehmigungsfreiheit einer nachträglichen Veränderung von Erbhofbelastungen nicht etwa daraus gefolgert werden dürfe, daß nach den Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechts (z. B. nach § 1119 Abs. 1 BGB.) die Zustimmung dritter Personen zu der nachträglichen Rechtsänderung nicht erforderlich sei. Diesen Bestimmungen, die die Zustimmung dritter Personen für entbehrlich erklären, liegen in der Tat ganz andere Erwägungen zugrunde.

Wenn das BGB. zu nachträglichen Änderungen dinglicher Rechte an Grundstücken die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten verlangt, so entspricht dies dem Grundsatz, daß Recht und Rang eines Dritten nachträglich nicht mehr beeinträchtigt werden sollen (§ 877 i. Verb. m. § 876 BGB.). Soweit diese Regel durchbrochen ist, erlangt einerseits der Grundeigentümer einen geringen Spielraum in der Ausnützung der einzelnen auf dem Grundstück lastenden Posten, wird aber andererseits der Dritte nicht nennenswert beschwert, so daß ihm die Veränderung generell zugemutet werden kann. Dies gilt auch für den Fall des § 1198 Satz 2 BGB. Wenn dort die Zustimmung gleich- oder nachstehender Berechtigter für die Umwandlung von Grundpfandrechten nicht erfordert wird, so erklärt sich dies daraus, daß es nach der rechtlichen Ausgestaltung, die das Institut des Eigentümerpfandrechts im BGB. (insbes. durch die §§ 1163, 1168, 1177) erfahren hat, für den Dritten im Ergebnis gleichgültig ist, ob ihm ein akzessorisches oder nichtakzessorisches Grundpfandrecht im Range gleichsteht oder vorgeht.

Rückschlüsse auf die Genehmigungsfreiheit oder Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 37 Abs. 2 RErbhofG. gestattet diese Regelung aber deshalb nicht, weil bei den Durchbrechungen des im § 37 Abs. 1 RErbhofG. ausgesprochenen Belastungsverbots nicht so sehr die Belange Dritter wie die Belange des Eigentümers und die Rücksicht auf die Erhaltung des Hofes den Ausschlag zu geben haben (vgl. RErbhGer., Beschl. v. 24. Juli 1934: JW. 1934, 2855).

5. Daß die Genehmigungspflicht der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld nicht ohne Einschränkung verneint werden kann, ergibt sich schon aus § 15 Abs. 3 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG. Hiernach gilt als Belastung eines Grundstücks grundsätzlich auch die Veräußerung oder Belastung einer Eigentümergrundschuld. Eine Verfügung über eine Eigentümergrundschuld läge aber beispielsweise vor, wenn eine Hypothek, die wegen Wegfalls der gesicherten Forderung in Wahrheit zur Eigentümergrundschuld geworden wäre (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 Satz 2 BGB.), durch Vereinbarung zwischen Eigentümer und Hypothekar in eine Grundschuld umgewandelt würde.

Dabei taucht ganz allgemein die noch keineswegs geklärte Frage auf, ob — was das KG. bejaht — auch im Bereiche des Erbhofrechts das GBA. sich auf die im Liegenschaftsrecht sonst geltenden Vermutungen (§§ 891, 1138 BGB.) stützen kann. Dölle (Lehrbuch des Reichserbhofrechts, § 7 IV 1) hat in einem ähnlichen Zusammenhang auf die Abwandlungen hingewiesen, die die allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs im Reichserbhofrecht erfahren müssen.

6. Vom Standpunkt des KG. aus erscheint es im übrigen nicht folgerichtig, wenn es zwar für die nachträgliche Eintragung der Unterwerfungsklausel (§ 800 ZPO.), die doch zweifellos nur die prozessuale Rechtsstellung des Bauern verschlechtert, die anerbengerichtliche Genehmigung verlangt (Beschl. v. 8. Febr. 1934: JW. 1934, 1244), die Umwandlung einer Hypothek aber für genehmigungsfrei erklärt, obwohl bei der Grundschuld die Rechtsstellung des Eigentümers schon begrifflich auf Grund des materiellen Rechts im Vergleich zur Hypothek verschlechtert ist.

7. Das KG. hat den Beschl. v. 17. Jan. 1935 als Beschwerdeinstanz im Verfahren nach §§ 71 ff. GBO. erlassen. Die erbhofrechtliche Streitfrage, ob die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld der Genehmigung nach § 37 Abs. 2 RErbhofG. bedarf, ist von ihm nur als Zwischenpunkt gewürdigt und verneint worden.

Ob das durch die Eintragung ins Grundbuch vollzogene Rechtsgeschäft tatsächlich zustande gekommen oder wegen Mangels der anerbengerichtlichen Genehmigung noch in Schwebe ist, ist durch die vorliegende Entscheidung nicht rechtskräftig entschieden.

Zur Vermeidung von Nachteilen wird es sich für die Beteiligten empfehlen, in derartigen Zweifelsfällen wenigstens vorsorglich die anerbengerichtliche Genehmigung nachzusuchen.

AGR. Dr. Albert Weh, Berlin.

Zu vorstehendem Aufsatz wird auf LErbhGer. Celle v. 5. Febr. 1935 unten S. 1639 verwiesen. Hn.

Gedanken zur Deutschen Gemeindeordnung

Der in den grundsätzlichen Ausführungen ausgezeichnete Aufsatz „Gedanken zur Reichsgemeindeordnung" von RA. Dr. Rieling (JW. 1935, 910) enthält einige Angaben, die zu Mißverständnissen führen können und der Ergänzung bedürfen.

Die neue Gemeindeordnung heißt zunächst nicht, wie die Überschrift vermuten lassen könnte, „Reichsgemeindeordnung", sondern „Deutsche Gemeindeordnung". Daß sie in einer kurzen Übergangszeit für das öffentliche Bewußtsein im Gegensatz zu den Landeskommunalverfassungsgesetzen steht, sollte nicht dazu führen, eine falsche Bezeichnung des Gesetzes in die juristische Umgangssprache einzuführen.

Wenn RA. Dr. Rieling meint, das neue Gesetz kenne einen sog. „übertragenen Wirkungskreis" nicht, in dem das Gemeindeorgan an die Weisungen der staatlichen Behörden gebunden ist, so irrt er. Die alte Unterscheidung zwischen eigenem und übertragenem Wirkungskreis der Gemeinden deckt sich mit der Unterscheidung zwischen Selbstverwaltung und Auftragsverwaltung, der übertragene Wirkungskreis stellt die Auftragsverwaltung der Gemeinden dar.

§ 2 Abs. 3 DGemO. bestimmt: „Den Gemeinden können durch Gesetz staatliche Aufgaben zur Erfüllung nach Anweisung übertragen werden." § 2 der 1. DurchfVO. z. DGemO. bestimmt: „Die Gemeinden führen die staatlichen Aufgaben, die ihnen bisher zur Erfüllung nach Anweisung übertragen worden sind, nach den hierfür geltenden Vorschriften weiter." In diesem Wirkungskreis „beschränkt sich der Staat also nicht darauf, den Einklang der Verwaltung solcher Aufgaben mit den Gesetzen und den Zielen der Staatsführung zu überwachen, er behält sich insoweit vielmehr auch das Recht der Anweisung in reinen Ermessensfragen jeder Art vor" (Begründung: DReichsanz. 1935 Nr. 26). Neue Auftragsangelegenheiten können den Gemeinden allerdings nur durch Gesetz übertragen werden (vgl. 1. AusfAnw. z. DGemO.: MBliV. 1935, 415).

Die Staatsaufsicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten beschränkt sich nicht, wie Rieling meint, grundsätzlich auf die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Maßnahmen der Gemeindeverwaltung. Diese Nachtwächterstellung hat nicht einmal der liberale Staat den Gemeinden gegeben. Neben der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung überwachte die Staatsaufsicht nach der östlichen StädteO. z. B. den geordneten Gang der Verwaltung und die Beseitigung angezeigter Störungen (OVG. 25, 46). Nach § 106 DGemO. beaufsichtigt der Staat die Gemeinde, um sicherzustellen, daß sie im Einklang mit den Gesetzen und den Zielen der Staatsführung verwaltet wird. Das ist eine Erweiterung der Staatsaufsicht über die Prüfung der Gesetzmäßigkeit hinaus. Damit sie mit Maß und sorgsam gehandhabt wird, schreibt die Ausführungsanweisung (MBliV. 1935) vor, daß über geplante Eingriffe wegen Verstoßes gegen die Ziele der Staatsführung an den Reichsminister des Innern zu berichten ist.

Schließlich verkennt Rieling die Stellung des Parteibeauftragten, wenn er meint, daß durch ihn die Gemeindeverwaltung dauernd Ausschluß erhält über die Auswirkung ihrer Anordnungen. Der Parteibeauftragte ist ein neben dem Leiter der Gemeinde stehendes, mit Ernennungs- und Zustimmungsbefugnissen versehenes Organ der Partei für die Mitwirkung an der Selbstverwaltung. Nur zur Vorbereitung der Entscheidungen, an denen er mitwirkt, berät er den Leiter (AusfAnw. MBliV. 1935 Sp. 442 Z. 2). Da diese Mitwirkung nicht häufig ist, sind die dauernden Berater des Leiters die Gemeinderäte. Sie beraten den Leiter laufend und stellen die

stetige Verbindung der Bürgerschaft mit dem Leiter der Gemeinde her. Der Parteibeauftragte selbst kann nicht Gemeinderat sein (Ausf.-Anw. a. a. O. 458 zu § 50 Abs. 1).

Magistratsrat Werner Pohl, Berlin.

Berliner Internationaler Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesen

In diesem Jahre, in der zweiten Hälfte des August, wird in Berlin der 11. Internationale Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesen stattfinden. Er wird am Montag, dem 19. Aug. 1935, vormittags eröffnet. Am Vorabend des Kongresses empfängt die Reichsregierung die Kongreßteilnehmer.

Zur Teilnahme am Kongreß und an seinen Arbeiten sind zugelassen:

a) die Delegierten der Regierungen;
b) Mitglieder von Parlamenten, Staatsräten oder ähnlichen Körperschaften;
c) Mitglieder der nationalen Akademien;
d) Hochschullehrer (ordentliche Professoren, außerordentliche Professoren, Privatdozenten und mit der Abhaltung von Vorlesungen beauftragte Personen);
e) höhere Beamte aus den Ministerien, deren Aufgabenkreis von den Kongreßarbeiten berührt wird;
f) höhere Beamte der Gefängnisverwaltung;
g) Richter und Staatsanwälte;
h) Rechtsanwälte;
i) Delegierte und Mitglieder von Strafrechtsgesellschaften, Gefängnisgesellschaften und solchen Vereinigungen, die sich mit der Gefangenen- und Entlassenenfürsorge befassen;
j) die Mitglieder des vorbereitenden Ausschusses;
k) Personen, die sich durch wissenschaftliche Arbeiten auf dem Gebiete des Strafrechts oder des Gefängniswesens einen Namen gemacht haben;
l) Personen, die durch die Internationale Strafrechts- und Gefängniskommission eingeladen worden sind.

Das vorläufige Büro des Kongresses wird durch die Mitglieder der Internationalen Strafrechts- und Gefängniskommission gebildet, die die satzungsmäßige Aufgabe hat, solche internationalen Kongresse zu veranstalten.

Der Kongreß gliedert sich in folgende vier Sektionen, den wissenschaftlichen Fragen entsprechend, die ihn beschäftigen sollen:

1. Sektion: Gesetzgebung,
2. Sektion: Verwaltung,
3. Sektion: Vorbeugung,
4. Sektion: Jugend.

Zur Vorbereitung der Aussprache in den Sektionen sind Gutachten über die Fragen, die behandelt werden sollen, von Wissenschaftlern und Praktikern, darunter mehreren Deutschen, ausgearbeitet worden, die die Internationale Strafrechts- und Gefängniskommission dazu aufgefordert hat.

Diese vorbereitenden Gutachten werden gedruckt allen Kongreßteilnehmern, die den Kongreßbeitrag entrichtet haben, wenn möglich, vor Beginn des Kongresses zugeschickt werden. Dasselbe geschieht mit der Veröffentlichung über die Verhandlungen des Kongresses, sobald sie erschienen ist.

Der Kongreßbeitrag ist für jeden Teilnehmer auf 25 Goldfranken (20 *RM* für deutsche Teilnehmer) festgesetzt.

Die offizielle Kongreßsprache ist internationalem Brauch entsprechend Französisch. Die deutsche Sprache ist gleichberechtigt. Für die englische Sprache gilt dasselbe. Auf Wunsch werden die in einer dieser drei Sprachen gehaltenen Reden dem Inhalte nach in die beiden anderen Sprachen übersetzt. Ein Redner darf sich auch einer anderen Sprache als der genannten drei bedienen, wenn er die Übersetzung seiner Rede ins Französische zu gewährleisten vermag.

Der Kongreß endet am 24. August.

Teilnahmeberechtigte, die dem Kongreß als Mitglieder anzugehören wünschen, werden gebeten, ihre Anmeldung an den Schatzmeister des Ortsausschusses, Herrn Walter Arlt, Berlin W 8, Wilhelmstr. 65, Justizministerium, zu senden. Der Kongreßbeitrag ist gleichzeitig entweder auf das Postscheckkonto Walter Arlt (Kongreß), Berlin Nr. 173 126 zu überweisen oder durch Scheck oder Postanweisung zu entrichten.

Den Kongreß betreffende Fragen sind an das deutsche Mitglied der Internationalen Strafrechts- und Gefängniskommission, Herrn Ministerialdirektor Ernst Schäfer, Berlin W 8, Wilhelmstr. 65, Justizministerium, zu richten.

Der Kongreß soll folgende Fragen behandeln:

Sektion I: Gesetzgebung

Erste Frage

Welche Befugnisse sind dem Strafrichter beim Vollzug der Strafe einzuräumen?

Zweite Frage

Welche Maßnahmen sind zu empfehlen, um die sogenannten „Monstreprozesse" abkürzen zu können?

Dritte Frage

Soll eine Milderung in der Strafgesetzgebung auf bereits rechtskräftige Entscheidungen Einfluß haben?

Welcher Einfluß kann einer Änderung der Gesetzgebung über den Strafvollzug auf Strafen, die vor dieser Änderung endgültig ausgesprochen sind oder deren Vollzug bereits begonnen hatte, eingeräumt werden?

Sektion II: Verwaltung

Erste Frage

Sind die Methoden, die im Strafvollzug mit dem Ziele der Erziehung und Besserung der Verbrecher angewandt werden (starke Humanisierung des Vollzugs, weitgehende Vergünstigungen, beträchtliche Lockerung des Strafzwanges im Strafvollzug in Stufen), geeignet, den gewünschten Erfolg herbeizuführen? Ist die Auffassung, auf der diese Bestrebungen beruhen, überhaupt zutreffend?

Zweite Frage

Welchen Einfluß hat die Arbeitslosigkeit in Industrie und Landwirtschaft in Krisenzeiten auf die Gefangenenarbeit, und durch welche Maßnahmen können die sich daraus ergebenden schädlichen Folgen vermieden oder abgeschwächt werden?

Muß bei der Festsetzung der Lebensbedingungen des Gefangenen den Lebensbedingungen der freien Bevölkerung im allgemeinen Rechnung getragen werden?

Dritte Frage

Wie müssen sich der Vollzug der Freiheitsstrafen und der Vollzug von Sicherungsmaßregeln, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, unterscheiden?

Ist das Stufensystem auch für den Vollzug der Sicherungsmaßregeln in Betracht zu ziehen?

Sektion III: Vorbeugung

Erste Frage

In welchen Fällen und nach welchen Grundsätzen empfiehlt sich im modernen Strafsystem die Anwendung der Sterilisation durch Kastration oder durch Vasektomie oder Salpingektomie?

Zweite Frage

Ist es wünschenswert, in die Strafgesetzgebung Vorschriften einzuführen, die dem Richter die Befugnis geben, Personen, die wegen eines mit ihrem Beruf zusammenhängenden Verbrechens verurteilt worden sind, die Ausübung dieses Berufes zu verbieten?

Wie wäre das Verbot im einzelnen zu regeln?

Wie könnte die Wirksamkeit eines solchen Verbotes sichergestellt werden?

Dritte Frage

Ist es wünschenswert, Heime für Entlassene zu schaffen?

Wenn ja, wie wären sie einzurichten, welche Arten von Entlassenen sollten sie aufnehmen, und welche Arbeit sollte darin zugelassen sein?

Wie ist die Lage in den verschiedenen Ländern?

Sektion IV: Jugend

Erste Frage

Soll den Jugendgerichten die Befugnis gegeben werden, Maßnahmen nicht allein gegen Kinder und Jugendliche, die auf Abwege geraten sind, sondern auch gegen Kinder und Jugendliche, die sittlich gefährdet sind, zu treffen?

Sollen die Jugendgerichte auch darüber entscheiden, ob unwürdigen Eltern die elterliche Gewalt zu entziehen ist?

Zweite Frage

Wie lassen sich bei der Gestaltung der Untersuchungshaft Minderjähriger die prozessualen Erfordernisse mit der Notwendigkeit, den Minderjährigen vor den Gefahren der Haft zu schützen, vereinigen?

Dritte Frage

Wie kann man am besten Jugendlichen und Halberwachsenen, die auf gerichtliche Anordnung Schulen oder anderen Anstalten überwiesen sind, moralische und materielle Fürsorge bei ihrer Entlassung angedeihen lassen, und durch wen und wie ist die Fürsorge auszuüben?

Aus dem BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront

Gau Ausland des BNSDJ.

Zentralstelle für internationales Recht

Die Reichsgeschäftsstelle des BNSDJ. hat den Gau „Ausland“, dem die Betreuung der im Auslande lebenden Bundesmitglieder obliegt, kürzlich neu organisiert. Die Betreuung der außerhalb der Reichsgrenzen lebenden Bundesmitglieder erstreckt sich vorzugsweise auf kulturelles und wirtschaftliches Gebiet und sichert den Zusammenhang der auslandsdeutschen Rechtswahrer mit dem Reich. Zugleich wurde diesem Gau die Weiterführung der Geschäfte der „Zentralstelle für internationales Recht“ mit übergeben. Diese, von Kennern des europäischen Ost- und Südostraums geleitete Stelle hatte die Aufgabe, den Dienststellen der Partei und des Reiches, der Wirtschaft und deutschen Rechtswahrern bei ihren rechtlichen Beziehungen zum Auslande mit Gutachten und Raterteilung behilflich zu sein.

Da sich, wie Zuschriften und Meldungen an den NS.-Juristenbund beweisen, die Fälle mehren, daß deutschfeindlich eingestellte Personen als Vertreter deutscher Einrichtungen im Auslande arbeiten, ist es eine selbstverständliche, im völkischen Interesse liegende Pflicht für die inländische Wirtschaft und den inländischen Rechtswahrer, sich über ausländische Juristen genauestens zu unterrichten. Die Vermittlung ausländischer Rechtsvertretungen und Benennung von Auslandsanwälten erfolgt kostenlos durch den Gau „Ausland“ des BNSDJ. als Nachfolger der Zentralstelle für internationales Recht, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20.

Zuziehung von Sachverständigen

Bereits JW. 1935, 1397 war auf die Bedeutung der Tätigkeit der Sachverständigen und auf die Organisation der Reichsfachschaft für das Sachverständigenwesen in der Deutschen Rechtsfront hingewiesen worden.

Der Reichsgeschäftsführer des BNSDJ. spricht in einem Rundschreiben v. 25. April 1935 (Deutsches Recht 1935, 257) die Erwartung aus, daß alle Mitglieder des BNSDJ. und der der Rechtsfront angeschlossenen Gruppen vor der Hinzuziehung von Sachverständigen ausschließlich die Reichsfachschaft für das Sachverständigenwesen und deren den Gliederungen des BNSDJ. zugeordneten Gau-, Bezirks- und örtlichen Leiter zum Nachweis des erforderlichen Sachverständigen, insbesondere auch in Gerichtsverfahren, in Anspruch nehmen.

Parteiarchiv der NSDAP.

Der Kampf um die Machtergreifung durch die NSDAP. gehört der Vergangenheit an. Blut und schwere Opfer seelischer und materieller Natur, Entbehrung, Drangsal und Bitternis kennzeichnen die Wege, die der Nationalsozialismus marschieren mußte.

Es gilt heute, Berichte und Bildmaterial aus dieser Zeit zusammenzustellen, um eine Sammlung zu vervollständigen, die von größter Wichtigkeit ist, denn die Geschichte der Partei wird einmal die Geschichte des neuen Deutschland werden. Das Parteiarchiv der NSDAP. sammelt alle Urkunden, Berichte, Dokumente, Tagebücher, Abzeichen, Zeitungen, Zeitschriften, Photos, Plakate, bildliche Darstellungen u. dgl. aus dieser Zeit. Auch Briefe und Zeitungen aus dem Auslande sind, soweit sie sich mit dem Nationalsozialismus beschäftigen, willkommen. Sendet alles, denn manches, was als wertlos verkannt oder fortgeworfen wird, kann für den Forscher, für den späteren Geschichtsschreiber von wesentlicher Bedeutung sein.

Falls der Besitzer glaubt, das Original nicht entbehren zu können, so nimmt das Parteiarchiv Abschrift oder stellt von Bildern Abzüge her. Vertraulichkeit wird — z. B. bei Tagebüchern — ausdrücklich zugesichert. Der Sendung soll ein Verzeichnis des Inhaltes, dazu bei Bildern ein kurzer Tatsachenbericht beigefügt werden. Besonders auch auf Berichte ehemaliger Gegner, gleich welcher Art, wird größter Wert gelegt. Vertrauliche Behandlung dieses Materials wird gewährleistet. Es ergeht daher an alle Dienststellen und Volksgenossen die Bitte, das Parteiarchiv in seinem Bestreben nach einer lückenlosen Sammlung für die Grundlagen der Parteigeschichte zu unterstützen. Anschrift: Parteiarchiv der NSDAP. und DAF., München, Barerstraße 15. Haus der PO.

Schrifttum

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen

Staatsrat Prof. Dr. **Carl Schmitt: Nationalsozialismus und Völkerrecht.** (Schriften der Deutschen Hochschule für Politik. Heft 9.) Berlin 1934. Junker und Dünnhaupt Verlag. Preis brosch. 0,80 *RM.*

Die Schrift ist die Wiedergabe eines Vortrags, den der Verf. im Juli 1934 auf dem Lehrstuhl der Akademie für Deutsches Recht an der Deutschen Hochschule für Politik gehalten hat.

Der Verf. geht davon aus, daß sich die Einstellung des Nationalsozialismus zum Völkerrecht aus dem „durch die nationalsozialistische Bewegung neuerwachten rechtlichen Ordnungsdenken“ (S. 7) ergebe. Insoweit knüpft der Verf. also an die Gedanken an, die er in seiner kurz zuvor veröffentlichten grundsätzlichen Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ näher dargelegt hat (vgl. dazu Dahm: Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft 1934, S. 181 ff.; Larenz: Ztschr. f. deutsche Kulturphilosophie — neue Folge des Logos — 1934, Heft 1 und Schwister: DJZ. 1934, 1434/35).

Die Schrift stellt sich somit bis zu einem gewissen Grade als eine Projektion des „rechtlichen Ordnungsdenkens“ auf das Gebiet des Völkerrechts dar. Indem Schmitt selbst dieses Denken als „durch die nationalsozialistische Bewegung neuerwacht“ bezeichnet (a. a. O.), macht er deutlich, daß zwischen dem rechtlichen Ordnungs- und Gestaltungsdenken des Nationalsozialismus und einer bereits in der Vergangenheit existent gewesenen geistigen Grundhaltung eine innere Verwandtschaft besteht. Diese vergangene und im Nationalsozialismus neuerwachte geistige Grundhaltung erblickt Carl Schmitt offensichtlich im Naturrecht. Das rechtliche Ordnungsdenken stellt sich somit als neuerwachtes naturrechtliches Denken dar, wobei man jedoch nicht an das „abstrakte Natur- oder Vernunftrecht“ (S. 29) des 17. oder 18. Jahrhunderts, „wohl aber an das mittelalterliche Ordnungsdenken aristotelisch-thomistischer Herkunft“ zu denken hat (Schwister a. a. O.; Schmitt, Über die drei Arten d. rechtsw. Denkens, S. 7). Diesem Denken erscheint die Welt und der Kulturkreis der Erde als „eine in Wesens- und Seinsstufen, in Über- und Unterordnungen, Einordnung und Ausgliederungen aufgebaute, lebendige Ordnungseinheit“ (Schwister a. a. O.), die in der göttlichen Schöpfungsordnung ihren Ursprung und ihre innere Legitimität besitzt (vgl. Reuß: Deutsches Recht 1935, 123, „Völkerrecht und Volkstumspolitik“). Das rechtliche Ordnungsdenken ist also nicht identisch mit dem äußerlich-formalen, institutionalistischen Rechtsdenken romanischer Prägung, sondern orientiert sich an inhaltlich erfüllten, substantiellen Lebensformen und -gestaltungen. So erfaßt, ist an der inneren Fruchtbarkeit des rechtlichen Ordnungsdenkens nicht zu zweifeln.

Schmitt zeigt, daß ein substanzhaft orientiertes Völkerrecht darauf aufbauen müsse, die Völkerrechtsgemeinschaft nicht — nach Art der Wiener Schule von Kelsen und Verdroß — als ein bloßes „Normensystem“, sondern als „eine konkrete Ordnung konkret existierender Völker“ zu erfassen (S. 11). Diese Völkerrechtsgemeinschaft als „konkrete Ordnung bestimmt gearteter, in ihrer konkreten Eigenart anerkannter Staaten und Völker“ (S. 5) ist die fundamentale Voraussetzung echten völkerrechtlichen Denkens. Zum Wesen einer solchen echten Gemeinschaft der Völker, die eine von innen heraus gestaltete Ordnung darstellen soll, gehört also, daß die Mitglieder dieser Gemeinschaft rechtlich und tatsächlich in ihrer konkreten Eigenart anerkannt werden. Daraus folgert Schmitt dann in einer überzeugenden Deduktion, daß eine Völkerrechtsgemeinschaft nur bei Anerkennung „spezifischer, gemeinschaftswesentlicher Rechtspositionen der Mitglieder dieser Gemeinschaft bestehen kann“ (S. 7). Diese „gemeinschaftswesentlichen Rechtspositionen“ der Mitglieder einer Gemeinschaft, ohne die nach Schmitt „überhaupt keine menschliche Gemeinschaft be-

stehen kann" (S. 7), nennt Schmitt „echte Grundrechte" (S. 7). Diese „gemeinschaftswesentlichen" echten Grundrechte gibt es auch im Völkerrecht, ja, die „Grundrechte der Staaten und Völker" (S. 7) machen eine Völkerrechtsgemeinschaft überhaupt erst möglich. Gerade deshalb sind die echten Grundrechte, weil sie eine wirkliche Gemeinschaft erst ermöglichen, nach Schmitt „gemeinschaftswesentliche Rechtspositionen der Mitglieder"; es sind „daher nicht alle Grundrechte notwendig gleicher Struktur wie die individualistischen Grundrechte der liberalen Verfassungen" (S. 7). Als ein solches echtes Grundrecht der Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft nennt Schmitt das „selbstverständlichste aller Grundrechte, das Recht auf eigene Existenz" (S. 8). Dieses ist „ein unveräußerliches, ewiges Grundrecht, in dem das Recht auf Selbstbestimmung, Selbstverteidigung und auf die Mittel der Selbstverteidigung enthalten ist" (S. 8). So zeigt Schmitt, daß ein substanzhaftes Rechtsdenken im Völkerrecht dazu führt, den deutschen Anspruch auf Gleichberechtigung als einen echten Rechtsanspruch zu erweisen (S. 6).

Die vorstehend dargestellte Auffassung Carl Schmitts deckt sich vollkommen mit den gleichfalls beachtenswerten Ausführungen, die Victor Bruns in seiner Schrift „Völkerrecht und Politik" entwickelt hat. Auch nach Bruns „verbürgt die Gemeinschaftsordnung der Staaten dem Einzelstaat Existenz und Lebensraum als Gemeinschaftsrecht" (Bruns a. a. O. S. 15); auch nach ihm ist die Gemeinschaft der Völker „eine Gemeinschaft unabhängiger Staaten, in der die Unabhängigkeit Voraussetzung und Wesen der Mitgliedschaft ist" (S. 17). So kennt denn auch Bruns „unabdingbare und unverzichtbare Grundrechte der Völkerrechtsgemeinschaft" (S. 18), wozu er in völliger Übereinstimmung mit Schmitt auch das Recht auf Selbstverteidigung rechnet (S. 17). Ganz in der gleichen Linie liegt auch die grundsätzliche Formulierung, die Bruns seinen Ausführungen abschließend folgen läßt: „So macht die Gemeinschaftsordnung zur Rechtspflicht, was die Lebensgesetze der Völker fordern" (S. 19).

Schmitt schildert dann in der besprochenen Schrift noch im einzelnen, daß dem europäischen Völkerrechtsdenken in den letzten Jahren und Jahrzehnten — besonders aber seit dem Versailler Diktat — immer mehr jede echte Rechtssubstanz verlorenging, bis schließlich „hinter dem dünnen Firnis juristischer Legalisierungen" für jedermann „die Grimasse einer niedrigen und grausamen Art von Vergewaltigung und Unterdrückung" (S. 28) sichtbar ward. An die Stelle des „substanzhaften Rechts der guten Sache" war ein Chaos von Normen getreten, dessen äußere Fülle sich umgekehrt proportional zu seinem materiellen Gerechtigkeitsgehalt verhielt. So deckt Schmitt mit Recht den „ursächlichen Zusammenhang zwischen Schrumpfung der Rechtssubstanz und Normeninflation" (S. 14) auf und fördert zugleich die Erkenntnis, daß „die Rechtssubstanz des europäischen Völkerrechtsdenkens heute bei uns liegt" (S. 28).

RA. Reuß, Berlin.

Prof. Dr. jur. **Ernst Wolgast: Völkerrecht.** Mit einem systematischen Verzeichnis der völkerrechtlichen Kollektivverträge von Prof. Dr. jur. Curt Rühland. (Das gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung, herausgegeben von Rud. Stammler, Teil XIII.) Berlin 1934. Verlag Georg Stilke. Preis geh. 12 *RM*.

Das vorliegende Buch soll auf das Grundsätzliche beschränkt, aus dem Geist des neuen Deutschland das Völkerrecht darstellen. Die gesamte Materie ist in 548 Paragraphen mit einzelnen Überschriften aufgeteilt. Dem Buch ist ein, mit dem 1. Aug. 1934 abgeschlossenes sehr brauchbares systematisches Verzeichnis völkerrechtlicher Kollektivverträge, geordnet nach Materien, beigefügt (bearbeitet von Prof. Carl Rühland).

Das Buch ist in dieser systematischen Zusammenfassung neu: Wertvolle Ansätze zu grundsätzlicher und Anregungen zu Einzelfragen sind schon vielfach vorhanden: auf die ausgezeichnete Darstellung des Problems „Nationalsozialismus und Völkerrecht" von Carl Schmitt, veröffentlicht in den Schriften der Deutschen Hochschule für Politik, auf die Ausführungen von Bruns in der gleichen Reihe „Völkerrecht und Politik" sowie eine Reihe von Veröffentlichungen verschiedener Verf. in der neuen Zeitschrift „Völkerbund und Völkerrecht" (1. Heft besprochen: JW. 1934, 1552 f.) kann hier nur aufzählend verwiesen werden.

Dieses neue systematische Buch soll in erster Linie zum Studium bestimmt sein, was sich aus der beabsichtigten Beschränkung auf das Grundsätzliche und auf etwa 270 Seiten Text notwendig ergibt. Zu dem Buch muß deshalb leider zunächst gesagt werden, daß es eine der ersten Aufgaben eines Lehrbuchs nicht erfüllt; nämlich klare Gedanken in klarer Sprache zu bringen. Die Erziehung zu klarem Denken und klarer Ausdrucksweise ist eine der obersten Aufgaben jeglicher wissenschaftlichen Pädagogik, vor allem aber juristischer. Wenn sich aber Sätze finden wie folgender: — (S. 717) „Einheit denkt das Bewußtsein in bezug auf den Staat als isolierte Erscheiung, unvermittelt daneben zugleich jedoch auch in bezug auf die Welt — die Welt z. B. des Völkerrechtssamfunds," — so kann man solche Sätze grammatisch überhaupt nicht mehr verstehen und benötigt längere Zeit, um hinter den Gedanken zu kommen.

Es wäre schon grundsätzlich verfehlt, die notwendige Gedrängtheit der Darstellung durch eine Unklarheit der Sprache zu erkaufen. Auch gute Gedanken, die das Buch vielfach enthält, werden durch eine schwer verständliche Sprache und zum Teil unscharfe, nicht klar herausgearbeitete Begriffe stark entwertet und schwer zu erarbeiten.

Dazu kommt leider, daß auch der gedrängten Kürze auf der einen Seite unnötige Breite und Eingehen auf zu allgemeine Denkvoraussetzungen auf der anderen gegenübersteht (vgl. § 54 f. und § 86).

Ich halte es auch für unerwünscht, an die Stelle des Begriffs der Völkerrechtsgemeinschaft die aus dem Skandinavischen stammende Bezeichnung „Samfund" zu setzen, unter der sich zunächst niemand etwas denken kann. Rechtserneuerung und Erfüllung allgemeiner Begriffe mit neuem, wertbestimmterem Inhalt ist notwendig und erfordern Anspannung aller geistigen Kräfte. Es bedarf auch der Auseinandersetzung mit den bisherigen Kräften und Ideen. Wissenschaft muß überzeugen, vor allem, wenn ihr Gegenstand Völkerrecht ist. Sie muß sich daher möglichst der Begriffe bedienen, die allgemein verstanden werden.

Die Begriffe wandeln sich natürlich mit ihren Trägern, den Menschen: für uns ist es aber heute selbstverständlich, daß die schon lange verwandten allgemeinen Rechtsbegriffe einen wesentlich wertbestimmteren Inhalt und Funktion bekommen haben und weiter bekommen müssen. Diese fruchtbare Möglichkeit hat der Begriff von „Treu und Glauben" in seiner Entwicklung in der Rechtsanwendung ausgezeichnet und hochinteressant erwiesen. Diese Entwicklung hat gezeigt, wie sich Begriffe in ihrem Inhalt und wie sich auch ihre Position in der Rechtsordnung durch die Änderung des Rechtsdenkens verändern (vgl. hierzu Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, und die Rechtsprechungsübersicht in der Anm.: JW. 1933, 2847 f.).

Daß sich auch das Gesicht der Völkerrechtsgesellschaft oder -gemeinschaft durch den Strukturwandel seiner Mitglieder ändert, ist selbstverständlich, braucht aber nicht zur Einführung völlig neuer Begriffe ohne zwingende Notwendigkeit zu führen.

Auch die erwähnten Schriften zu Einzelfragen haben die vorhandenen Begriffe verwandt.

Es erscheint mir daher wenig glücklich und der Schwierigkeit der Materie des Völkerrechts nicht angemessen, daß wegen der notwendigen Änderungen des Inhalts des Begriffs der Staatengesellschaft oder Staatengemeinschaft — Änderungen, die in ihrer endgültigen Entwicklung zudem heute noch gar nicht übersehbar sind —, der völlig fremde Begriff des Samfundes der Wissenschaft und dem Studenten vorgesetzt wird. Denn es werden auch andere Begriffe, wenn nicht die meisten, in ihrem Inhalt verändert und hätten Anspruch auf Ersatz durch neue Begriff- und Wortschöpfung.

Es bedarf auch dieser neuen Begriffe nicht, um die allgemein ins Bewußtsein durchgebrochene Krise des Völkerrechts und den Gegensatz von Rechtsidee und Rechtsmechanismus zum Ausdruck zu bringen, wie sie der heutige Zustand im Völkerbund und in der Summe seiner Abmachungen und Vertragsbeziehungen darstellt.

Die eingehende Auseinandersetzung mit dieser Frage sei endlich aus folgendem Grunde verziehen: Die Einführung der neuen Begriffe bringt nämlich endlich die große Gefahr mit sich, daß man sich über Voraussetzungen, nicht über den Streitgegenstand, über Begriffe, nicht über die Sache auseinandersetzt. Damit würde aber die Fruchtbarkeit rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen ernsthaft in Frage gestellt. Das zu vermeiden liegt in besonderem Interesse unserer völkerrechtlichen Betrachtung.

Diese grundsätzlichen Bedenken werden durch einzelne, im großen und ganzen gut dargestellte und von unserer heutigen Rechtsauffassung gesehene Bestandteile der Darstellung (u. a. Staatsangehörigkeit S. 743 f., Völkerbund S. 865/896 und das Problem des Krieges als Aktion „Staat gegen Staat" oder „Volk gegen Volk" S. 922 ff.) nicht aufgewogen, weil das Werk nach seiner Anlage eben im Ganzen pädagogisch sein soll.

Von einer systematischen Darstellung gerade des Völkerrechts wird neben größerer Klarheit im allgemeinen klare und stärkere Hervorhebung des Neuen verlangt werden müssen. Manches aus dieser Darstellung wird gekürzt werden, allgemein juristische Gedankengänge weggelassen werden müssen.

RA. H. Carl, Düsseldorf.

Staatsrat Prof. Dr. Carl Schmitt: Staat, Bewegung, Volk. (Der deutsche Staat der Gegenwart, Heft 1.) Dritte, unveränderte Auflage. Hamburg 1935. Hanseatische Verlagsanstalt. Preis kart. 1 *RM*.

Wenn wissenschaftliche Schriften über das heutige Staats- und Verfassungsleben, wie die vorliegende Arbeit von Carl Schmitt, trotz exponiertester Zeitnähe noch in dritter Auflage unverändert abgedruckt werden, so spricht schon dieser Umstand für die gediegene Güte der gebotenen Gedanken. Die vorliegende Schrift erweist sich aber nicht nur prima facie, sondern auch bei eingehender Prüfung als eine geistige Pionierarbeit von erstaunlich treffsicherem Urteil. Es ist überraschend, rückschauend festzustellen, mit welcher Sicherheit Carl Schmitt schon Ende 1933, als die Schrift in erster Auflage erschien, der jüngsten Staats- und Verfassungsentwicklung theoretisch Form und Gestalt verlieh.

Carl Schmitt erörtert zunächst „Die heutige Verfassungslage" (S. 5—11). Hier stellt er den durch ihn selbst zu allgemeiner Anerkennung gebrachten Grundsatz voran, daß „das gesamte öffentliche Recht des heutigen deutschen Staates auf eigenem Boden" (S. 5) stehe, also nicht etwa der Legitimierung durch die Weimarer Verfassung bedürfe (vgl. Poetzsch-Heffter: JahrbÖffR. 22, 10: „So ging die neue Verfassung unmittelbar aus dem revolutionären Siege hervor. Sie besteht, wenn sie auch noch nicht in einer geschriebenen Urkunde Ausdruck gefunden hat, selbständig auf eigenwüchsiger Grundlage"). „Das eigene Recht unseres neuen Staates" (S. 9) beleuchtet Carl Schmitt durch den einprägsamen und bildhaften Satz: „Das Lebendige kann sich nicht am Toten und die Kraft braucht sich nicht an der Kraftlosigkeit zu legitimieren" (S. 8). Zutreffend ist es auch, wenn Carl Schmitt sagt: „Die Weimarer Verfassung gilt nicht mehr" (S. 5). Dieser wiederholt angegriffene Satz (vgl. z. B. Sondergericht Darmstadt: JW. 1934, 1744) konnte nur bei offensichtlichem Mißverstehen bestritten werden. Man muß nämlich darauf achten, daß der Akzent in diesem Satz auf dem Wort „Verfassung" liegt. So verstanden, ist sein Inhalt unbestreitbar. Als Verfassung, d. h. als Grundgesetz über die Struktur und den inneren Gehalt des Staates gelten die Bestimmungen der Weimarer Verfassung seit dem Anbruch des Dritten Reiches nicht mehr, mag man im übrigen über die denaturierte Weitergeltung einzelner ihrer Bestimmungen denken, wie man will (vgl. Köttgen: JahrbÖffR. a. a. O. S. 326: „... die für die Reichsverfassung fraglos richtige These, daß die Verfassung als vornehmste Rechtsgrundlage mit sachlichem wie formellem Vorrang vor allen übrigen Rechtsquellen mit der Revolution aufgehoben worden ist, ..."). „Alle Grundsätze und Regelungen, die der Weimarer Verfassung weltanschaulich und organisatorisch wesentlich waren, sind mit allen ihren Voraussetzungen beseitigt" (S. 5). Soweit noch einzelne Bestimmungen der Weimarer Verfassung weitergelten, leiten sie nach der zutreffenden Darlegung Carl Schmitts ihre Verbindlichkeit nicht mehr aus ihrem alten, sondern aus dem neuen Geltungsgrund ihrer Anerkennung durch die revolutionären Machthaber und ihrer „Übernahme in das neue Staatsrecht" (S. 5) her; „es handelt sich also um die Substitution eines neuen Geltungsgrundes, mithin um einen Fall von Rezeption" (so Neuß: JW. 1933, 2945; ebenso — mit treffenden Ausführungen — Huber: JW. 1934, 1745/46; vgl. auch Poetzsch-Heffter a. a. O. S. 10 und Köttgen a. a. O. S. 326/27).

Im zweiten Abschnitt der Schrift entwickelt Carl Schmitt sodann seine Lehre von der „Dreigliederung der politischen Einheit" (S. 11—22). Diese bedeutsamen Ausführungen leitet Schmitt mit dem Satz ein: „Die politische Einheit des gegenwärtigen Staates ist eine dreigliedrige Zusammenfassung von Staat, Bewegung, Volk" (S. 11). Wer diesen Satz aufmerksam liest, muß sofort bemerken, daß in ihm das Wort „Staat" in einem zweifachen Sinne gebraucht wird: einmal ist „Staat" die politische Einheit selbst, d. h. „das Ganze der politischen Einheit eines Volkes" (S. 13), außerdem aber ist „Staat" auch einer der konstituierenden Faktoren dieser Einheit, nämlich als „Staat" im engeren Sinne, d. h. als staatliches Behörden- und Ämterwesen einschließlich der sog. militärischen Staatlichkeit. Dieser zweifache Sinn des Wortes „Staat" muß festgehalten werden, wenn man den Ausführungen Schmitts mit Verständnis folgen will. Wir haben es also einerseits mit dem umfassenden „von den Juristen verratenen großen deutschen Staatsbegriff" (S. 29) zu tun, den erst jüngst Huber in seinem programmatischen Aufsatz über „Die deutsche Staatswissenschaft" (ZStaatsW. 95, 1 ff., bes. 27 ff. „Der politische Staatsbegriff") neu belebt hat (vgl. dazu Neuß: JW. 1935, 687/88), andererseits aber auch mit dem „Staat" als Inbegriff der zivilen und militärischen Staatlichkeit, als „Staatsapparat" (S. 15), als „Machtkomplex und Befehlsmechanismus" (S. 31). Letzterer, d. h. die staatliche „Exekutive" „wird als bloßer Teil der politischen Einheit erkannt" (S. 15), und dieser Teil ist es, den Schmitt mit der Bewegung und dem Volk zur politischen Einheit, dem Staat im weiteren Sinne, zusammenklingen läßt.

Wer sich vor Augen hält, daß dem Begriffe „Staat" — je nach dem Zusammenhang — ein völlig verschiedenes Substrat zugrunde liegt, wird auch das Verhältnis von Partei und Staat klarer erfassen. Das oft gebrauchte, aber wenig glückliche Wort vom „Einbau der Partei in den Staat" leidet gerade deshalb an einer bedenklichen Mehrdeutigkeit, weil es meist beim Gebrauch dieses Wortes unklar bleibt, ob das Wort „Staat" in diesem Zusammenhang im engeren oder im weiteren Sinne gemeint ist. Dieses Wort hat dann einen guten Sinn, wenn man dabei an den „Staat" als „Gesamtgefüge der Nation", also an den „Staat" im weiteren Sinne, denkt (besser deshalb Poetzsch-Heffter a. a. O. S. 98: „Eingliederung der Bewegung in das Gesamtgefüge der Nation"), es ist jedoch völlig schief, wenn man damit die von Schmitt mit Recht zurückgewiesene Vorstellung verbindet, als ob die Aufgabe der Bewegung darin bestände, „dem erstarrten Körper eines Beamtenstaates neues Blut zuzuführen und dann, nachdem sie im ‚Staat' aufgegangen ist, abzudanken" (S. 32). Zwischen den beiden hier entwickelten Staatsbegriffen steht der Staatsbegriff, den Reichsminister Dr. Frick in seiner Rede vor den Offizieren der Reichswehr entwickelt hat. Dr. Frick spricht zwar auch von der Eingliederung der Partei „in das Gesamtgefüge des Staates" (Der Neubau des Dritten Reiches S. 13), er versteht jedoch unter „Staat" die Zusammenfassung von „Partei- und Staatsapparat" (a. a. O.). „Der Staat ist für beide — den staatlichen Behördenapparat und die Wehrmacht einerseits, die Parteiorganisation andererseits — der gemeinsame Oberbegriff, der Partei- und Staatsapparat umfaßt. Er (sc. der Staat) ruht auf den zwei Säulen, der Bewegung einerseits und dem Behördenapparat und der Wehrmacht andererseits. ... Der Staat ist nach der Eingliederung der Partei in den Staat mehr als nur die Behördenorganisation. Zum Staate gehört vielmehr auch die gesamte Bewegung" (Frick a. a. O.; übrigens spricht auch die amtl. Begr. des Ges. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat von einem „verfassungsrechtlichen Einbau der Partei in den Staat" [RAnz. 1933 Nr. 284]; vgl. auch die Parallele im italienischen Staatsrecht bei Siotto-Pintòr: JahrbÖffR. a. a. O. S. 461 ff. „Die Einordnung der faschistischen Partei in den Staat").

Schmitt setzt dann seine Gedanken über die „Dreigliederung der politischen Einheit" noch im einzelnen in anschaulichen und prägnanten Darlegungen auseinander und kontrastiert sie dann im nächsten Abschnitt mit der „zweiteiligen Staatskonstruktion der Liberaldemokratie" (S. 22), in der „der Bestand der politischen Einheit des Volkes zu einem bloßen Abfallprodukt des täglichen Kompromisses geworden war" (S. 26).

Abschließend entwickelt Schmitt sodann Gedanken über „Führertum und Artgleichheit als Grundbegriffe des nationalsozialistischen Rechts", die vor allem wirksam der Gefahr vorbeugen, daß der „spezifisch deutsche und nationalsozialistische Begriff der Führung" als ein bloß formaler und organisatorischer Begriff aufgefaßt und dadurch seiner inneren Substanz beraubt wird. Der volksverbundene Führer, der das völkische Lebensgesetz in sich trägt und instinktsicher verwirklicht, der also aus dem Ur-Nomos des Volkstums heraus inspiriert wird und deshalb in einem stetigen und untrüglichen Kontakt mit seiner Gefolgschaft bleibt, kommt bei Schmitt in einfühlenden und tiefschürfenden Worten zur Darstellung.

RA. Neuß, Berlin.

Kurt Schilling, PrivDoz. der Philosophie an der Univ. München: Der Staat, seine geistigen Grundlagen, seine Entstehung und Entwicklung. München 1935. Verlag von Ernst Reinhardt. Preis brosch. 7,80 *RM*, in Leinen geb. 9,80 *RM*.

Der Verfasser dieses Buches hat sich die Aufgabe gesetzt, das geistige Phänomen, das man „Staat" nennt, einer größeren Öffentlichkeit verständlich zu machen. Er versucht — und versteht — die außerordentlichen Schwierigkeiten jener Aufgabe durch eine bisher ungewöhnliche Stellungnahme zum Problem zu meistern. Er erfaßt nämlich den Staat nicht nur objektiv als die Lebensform eines Volkes, sondern zieht daraus auch subjektiv die methodisch wertvolle Folgerung, eine persönliche, lebendige Einstellung zum Staat zu gewinnen. Er erkennt, daß die Frage nach dem Staat nur als unsere eigene Lebensfrage erhoben werden kann. Nur diejenige geistige Produktion erscheint fruchtbar, welche aus der Selbsthingabe des einzelnen an das Leben der Gemeinschaft im Hinblick auf ihr gegenwärtiges Geschick entspringt. Die Verwirklichung dieser Erkenntnis durch die gesamte Darstellung hindurch, die aus ihr sprechende ehrliche, ja warme und unbedingte Anteilnahme am Schicksal der Volksgemeinschaft, die dabei so schlichte und klare Schreibweise gewinnt den Leser des Buches und fesselt ihn bis zur letzten Seite.

Als Philosoph betrachtet der Verf. den Staat nicht einzelwissenschaftlich (historisch, juristisch, politisch), sondern total und

tiefgründig. Als den gegebenen, einzig legitimen Gegenstand der Staatsphilosophie bezeichnet und behandelt er den Begriff der Aufgabe für die Gemeinschaft. Wer den Staat verstehen will, muß durch seine Form hindurch blicken auf das Leben des Volkes. Wer ihn philosophisch aufzeigen will, muß mit dem allgemeinsten, ursprünglichsten und konkretesten Begriff, der für den Staat in Frage kommt, nämlich dem des Lebens selbst beginnen. Somit ist methodisch die erste Aufgabe die Exposition des lebendigen Ursprungs des Staates; die zweite ist die daraus gewonnene Bildung des Begriffs, die dritte die Entfaltung und Bewährung des Begriffs in der Geschichte. Daraus ergab sich der Aufbau des Buches gemäß dem aus Anfang, Begriff und Bewährung bestehenden Dreischritt.

Das 1. Kapitel behandelt den Begriff des Lebens in der Natur, vor allem seine Grundlagen und Bedingungen. Aus der Aufgabe des Lebens wird die Bildung des Staates, seine erste Entstehung in der Geschichte abgeleitet. In gründlicher und abgeklärter philosophischer Untersuchung wird zunächst das lebendige Geschehen, dessen Erkenntnismittel die Planmäßigkeit ist, sodann der bewußt lebende Mensch in der Natur, endlich der in einem Gemeinschaftsbewußtsein lebende Mensch in Wesen und Wirken dargelegt. Die Situation, in der eine allgemeine Aufgabe bewußt von einer Menschengruppe ergriffen und zur Grundlage ihrer Existenz gemacht wird, ist die Geburtsstunde des Staates. Der Staat ist somit letztlich daraus zu verstehen, daß man ihn als Aufgabenlösung des Lebens in einer ganz bestimmten Situation erfaßt. Die Geburt eines Staates in diesem Sinne scheint in den Anfängen der Geschichte an vier Stellen zugleich erfolgt zu sein, nämlich in Ägypten, Mesopotamien, Indien, China. Als Organisationsform, welche insbes. die in der geographischen Situation eines Landes bestehende Aufgabe löst, wird die nationalägyptische Staatsidee eingehender entwickelt.

Nachdem so der Weg vom ersten Ursprünglichen des Phänomens „Staat" bis zur Entstehung des wirklichen Staates aus der lebendigen Aufgabe einer bestimmten Situation heraus aufgezeigt worden ist, wendet sich das 2. Kapitel der genaueren Bestimmung des Begriffes Staat zu. Es definiert in statischer Betrachtung die Elemente des Begriffes und schließt daran die dynamische Betrachtung des Zusammenhanges und des Funktionierens dieser Elemente. Staat ist die souveräne und existentielle Vereinigung des Willens der einzelnen mit offenem Zweck. Erstes Bestandstück dieses Begriffs ist der Wille, zweites die Willensverbindung. Dabei bietet sich Gelegenheit, zu den Problemen der Willensfreiheit und des naturrechtlichen Staatsvertrages kritisch Stellung zu nehmen. Bei der weiteren Frage, **wie** im einzelnen der Staat sich als solche Willensgemeinschaft herstellt, wird ausgegangen von der verfassunggebenden Gewalt im ursprünglichen Sinne einer vorpolitischen schöpferischen Anfangstat. Diese vorpolitische revolutionäre Gewalt begründet die Staatsordnung an Hand der erkannten Aufgabe der natürlichen Situation. Sie entscheidet auch über die Staatsform durch Delegation einer befehlenden Stelle. Letztere repräsentiert nunmehr die Souveränität der Willensgemeinschaft im Staat. Sie bestimmt in dem geregelten Verfahren einer Verfassung das Staatsziel, die Mittel zu seiner Erreichung und die tägliche Ordnung der Gemeinschaft. Da sie dies aber in einem regulären Verfahren mittels allgemeiner Gesetze tut, so ist es jedem Glied der Willensgemeinschaft möglich, sich frei und bewußt einzufügen; damit ist der Rechtsstaat als die täglich an neuen Aufgaben sich erzeugende Willensgemeinschaft hergestellt. Neben dem wahren politischen Sinn der Staatsform stehen Degenerationsformen. Sie bilden die eigentümliche Grenze aller Staatlichkeit. Solche Grenzformen sind der offene Widerstand gegen den Staat (politisches Strafrecht) und die Umdeutung und Umfälschung seiner Einrichtungen zu außerstaatlichen Zwecken, namentlich zugunsten des einzelnen Individuums (Grundrechte, Gewaltenteilung, Berechenbarkeit der Gesetze); dies kennzeichnet den liberalen im Gegensatz zum politischen Rechtsstaat. Weiterhin berührt der Verf. auch die grundlegende Frage des Verhältnisses zwischen Volk und Staat. Der Rassen- und Volksbegriff hat drei Funktionen im Staat zu erfüllen. Einmal ist die Rasse als die im Blut begründete Einheitlichkeit des Volkes eine Voraussetzung jeder Staatsbildung. Sodann ist das den Staat bildende Volk das eigentliche nationale Gut, zu dessen Schutz alle politischen Institutionen jederzeit dienen müssen. Endlich fordert die Kontinuität des Staates ein bestimmtes Maß von empirischer Gleichheit, somit eine relativ reine Rasse. Reichtum der differenten Erbfaktoren und Einheit des nationalen Guts sind zwei Pole, in deren Spannung sich das Leben jeweils lebendig erhält und seine Existenzformen findet. Mit einem Hinweis auf die Bedingtheit der gemeinschaftlichen Lebensform durch das Bestehenbleiben natürlicher konkreter Zwecke, füglich den Aufgabenmangel als Grenzbegriff der politischen Situation schließt das 2. Kapitel.

Die drei letzten Kapitel widmet der Verf. der Bewährung des aufgestellten Staatsbegriffes in den drei wichtigsten Epochen der Geschichte, nämlich der griechischen Polis, dem christlich-germanischen Staat des Mittelalters und dem Staat der Neuzeit von der Renaissance bis heute. Es kommt ihm aber nicht darauf an, damit eine Philosophie der Weltgeschichte nach Altertum, Mittelalter und Neuzeit zu umreißen; vielmehr bezweckt er hauptsächlich den im vorigen Kapitel gewonnenen Begriff des Staates in seinem lebendigen Zusammenhang zu veranschaulichen und dabei um eine Reihe neuer, auch begrifflicher und systematischer Motive zu erweitern. Auch hier müssen wir uns darauf beschränken, aus der Fülle des Gebotenen einige besonders aufschlußreiche Gedankengänge herauszuheben.

Die griechische Polis war der Staat der autonomen Willensbildung des Volkes. Im Vordergrund stand die Aufgabe staatlichen Schutzes und das Problem der Kriegsverfassung. Diese wird zur politischen Antwort auf eine natürliche Aufgabe, zur politischen Lösung einer historischen Situation. Sie erklärt auch die Herrschaftsformen. Den Staat bildet die freie und bewußt geordnete Gemeinschaft der Krieger und Siedler, die autonome Willensbildung der Regierten selber. Diese Staatsform der griechischen „Demokratie" wird im einzelnen an der spartanischen und der athenischen Verfassung des 6. und 5. Jahrhunderts aufgezeigt. An der Freiheit der politischen Existenz wurde über den Verfall hinaus heroisch festgehalten. Das Selbstherrlichwerden der Macht und der politischen Form beschleunigte diesen Verfall in Sparta wie in Athen. Das Festhalten an der früheren Staatsordnung um ihrer selbst und ihres traditionellen Ansehens willen führte zum Untergang. Die staatliche Existenz degeneriert und fällt schließlich den Römern anheim.

Mit dem Wort „Mittelalter" begreift der Verfasser im wahrsten Wortsinne die Epoche zwischen denjenigen Zeiten, in denen der Staat die eigentliche Daseinsform der Menschen war. Darum tragen die Ausführungen des 4. Kapitels einen grundsätzlich negativen Charakter. Sie haben nur den Zweck, auch an einer Zeit unpolitischen Lebens den exakten Sinn des Staates ins Licht zu rücken. Sie kennzeichnen jene Zwischenzeit als die der Isolierung des Individuums zunächst im Genuß, später in der Religion, und als die des Privatrechts im Imperium. Dieser Zeitraum gliedert sich in den des Hellenismus (Epikuräer und Stoiker, Kosmopolitismus und Naturfrömmigkeit) und den des Christentums; er endet etwa im 13. Jahrhundert mit den neuen Nationalstaaten in Sizilien, Frankreich und England. Der Staat verfällt, weil ihm keine eigentliche Aufgabe mehr gestellt ist; von staatlicher Gemeinschaft ist nicht mehr die Rede; es besteht bloß noch eine Verwaltungsmaschinerie mit dem Zweck, den Einwohnern ein möglichst ungestörtes persönliches, staatfreies Leben zu garantieren. Der Staat beschränkt sich auf die Person **eines** Individuums, nämlich des Kaisers. So beim römischen Imperium, so auch beim germanischen Sacrum Imperium, dem heiligen Reich deutscher Nation, einem Scheinstaat oder „Privatstaat", dessen politischer Ausdruck die Lehnsverfassung ist. Erst mit der Erscheinung Friedrichs II. verknüpft sich die Geburtsstunde eines neuen wirklichen Staates, weil es jetzt wieder gelingt, das private Ideal in eine wahrhafte und freie Beziehung zum politischen zu bringen.

Die Gestaltung der Nationalstaaten der Neuzeit schildert das 5. Kapitel. Die politischen Theoretiker der ersten Epoche der Neuzeit sind Machiavelli, Bodin und Hobbes. Das Resultat in der Wirklichkeit ist der Absolutismus, dessen richtige Erfassung durch eine Mitbetrachtung der privaten Lebensformen bedingt ist. Schließlich war der Kampf um die Einbeziehung des ganzen Volkes in den Staat unausbleiblich — das ist der eigentliche Sinn der französischen Revolution. Ihre Schlagworte von Freiheit und Gleichheit sind verwirrend gewesen. Die Hauptsache war die Geburt des modernen Nationalstaates. In dieser Revolution wurde die bisherige souveräne Stelle dessen, der zu befehlen hat, im Staat beseitigt. Aus dem anonymen und dunkeln Bereich der verfassunggebenden Gewalt heraus wurde jene Stelle neu besetzt und damit eine neue Ordnung geschaffen. Das Volk wurde erste, befehlende Instanz. Das ist der politische Sinn der Demokratie im Gegensatz zum privaten, liberalistischen System. Etwas anders gestaltete sich die deutsche Form des neuen Nationalstaats. Dieser war in Deutschland, zumal die Volksvertretungen versagten, in Wahrheit ein Staat fast nur des National**gefühls**. Die Überspannung des Nationalismus ließ als natürliche Ergänzung den Liberalismus groß werden. Sein — und des Imperialismus — Verschwinden machte den Weg frei für das richtige nationale Eigenleben des Volkes in der Form des Staates. Dieses setzt aber Opfer, Hingabe und Arbeit des einzelnen voraus. Nur dann kann der Staat der überpersönliche Wille seiner Bürger und als Existenzform des Volkes das höchste nationale Gut des einzelnen sein.

Bei diesen skizzenhaften Andeutungen über den reichen Inhalt des Buches muß es hier bewenden. Die Fülle seines wissenschaftlichen Gehalts erschließt sich erst dem aufmerksamen Leser. Nur er vermag sich auch davon zu überzeugen, wie wertvoll das Werk

für die Erkenntnis der neuen deutschen Verhältnisse ist. Zwar hat der Verfasser bewußt und absichtlich alle Verbindungslinien zu den Erscheinungen und Mächten unserer Zeit zu ziehen unterlassen. Darum ist aber nicht nur um so unbefangener sein wissenschaftliches Urteil, sondern zugleich um so beachtenswerter sein Ergebnis da, wo seine Gedankengänge mit den Elementen der nationalsozialistischen Staatsauffassung harmonieren. Und da dies in weitem Maße der Fall ist, so verdankt auch die politische Wirklichkeit sehr viel einem Theoretiker und Philosophen, der es meisterhaft verstanden hat, seine Wissenschaft dem Leben nutzbar zu machen und damit die Notwendigkeit der Philosophie für die Politik nachzuweisen. Platon hatte erstmalig versucht, das politische Leben durch vom denkenden Leben gewonnene Normen und Prinzipien zu reformieren. Sein Rettungsversuch ist mißlungen. Heute bedarf es keiner Reform mehr, denn sie ist rettende Wirklichkeit geworden. Diese aber ins helle Licht der Wissenschaft zu rücken, ist mehr denn je die Aufgabe der zur Schaffung positiver Werte berufenen Wissenschaft. Aus diesem Buche spricht ein weltnaher Philosoph zu uns, der seine nationale Pflicht als deutscher Forscher erkannte und durch glückliche Verbindung von Philosophie und Politik vorbildlich erfüllte.

Prof. Dr. Friedrich Giese, Frankfurt a. M.

Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Band 22, 1935. In Verbindung mit Bruns, Poetzsch-Heffter und Triepel herausgegeben von **Koellreutter.** Tübingen 1935. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis in Subskription 32,80 *RM*, in Ganzleinen geb. 35,80 *RM*; im Einzelverkauf 36,50 *RM*, in Ganzleinen geb. 39,50 *RM*.

Das „Jahrbuch des öffentlichen Rechts" hat im publizistischen Schrifttum die besondere Aufgabe, ein zuverlässiges Quellenwerk der staatsrechtlichen Entwicklung in den verschiedenen Staaten zu sein. Dieser Zielsetzung gemäß bringt es in jedem der alljährlich erscheinenden Bände außer dem Hauptbericht über die Entwicklung des deutschen Staatslebens auch noch in wechselnder Folge staatsrechtliche Entwicklungsberichte über fremde Länder. Der vorliegende Band ist neben der Betrachtung des deutschen Staatslebens dem Staatsrecht Österreichs, Estlands, Italiens und Polens gewidmet.

Das Kernstück des Bandes ist der Bericht „Vom deutschen Staatsleben", erstattet von Prof. Dr. Fritz Poetzsch-Heffter in Zusammenarbeit mit Dr. Carl-Hermann Ule und Carl Dernedde. Die Berichtszeit umfaßt die Zeitspanne vom Anbruch des Dritten Reiches, also vom 30. Jan. 1933, bis zum 31. Dez. 1933. Der Neuaufbau des Reiches im ersten Jahr der nationalsozialistischen Regierung ist in diesem Bericht in urkundlichen Zeugnissen, in den Gesetzen und deren Begründungen, in richtungweisenden Führerworten und in Äußerungen der engeren Mitarbeiter des Führers, niedergelegt. Diese Darstellung des deutschen Staatsrechts an Hand authentischer Verlautbarungen ist vor allem deshalb begrüßenswert, weil sie eine gründliche Erfassung des neuen Staatsrechts aus dem allein maßgeblichen eigenen Ideengut des Führers und der nationalsozialistischen Weltanschauung gewährleistet. Dieser Vorzug der Darstellung des neuen Staatsrechts aus immanent-nationalsozialistischem Geist macht den vorl. Bericht zu einer wirklich zuverlässigen Erkenntnisquelle für das Verfassungsrecht des Dritten Reiches. Dadurch unterscheidet er sich vorteilhaft von der üppig angeschwollenen Broschürenliteratur der jüngsten Vergangenheit, deren Verfassern man oft das Goethe-Wort entgegenhalten möchte: „Was ihr den Geist der Zeiten heißt, das ist im Grund der Herren eigner Geist, in dem die Zeiten sich bespiegeln!" Die Bearbeiter des vorl. Berichtes haben dagegen die objektive Treue gegenüber dem behandelten Stoff bewahrt und mit großer Sorgfalt das gesamte einschlägige Quellenmaterial zusammengetragen und durch aufschlußreiche begleitende Worte miteinander verknüpft. So spiegelt sich auf den Seiten des besprochenen Berichtes (S. 1—272) die staatsrechtliche Entwicklung der Gegenwart in ihrem dokumentarischen Niederschlag wieder. Gerade diese, von subjektiven Zutaten bewußt freigehaltene, historisch treue Wiedergabe der schicksalhaften Ereignisse der jüngst zurückgelegten großen politischen Zeitenwende macht den Bericht zum unentbehrlichen Rüstzeug für den Juristen, den Historiker und den Politiker. Es muß deshalb als ein glücklicher Gedanke des Verlages angesprochen werden, in Zukunft die Berichte vom deutschen Staatsleben gesondert herauszugeben, was für den hier besprochenen Bericht inzwischen bereits erstmals geschehen ist.

Zum letztenmal bringt der vorliegende Band auch noch einen deutschen Länderbericht, und zwar einen Bericht über „Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Preußen vom 1. Mai 1930 bis zum 1. Nov. 1934" von Prof. Dr. Arnold Köttgen. Nach der Schaffung des deutschen Einheitsstaates wird für besondere deutsche Länderberichte kein Raum mehr sein. Dieser letzte Bericht jedoch ist äußerst lesenswert. Er zeigt, wie sich im Dritten Reich die große geschichtliche Mission Preußens vollendet hat, so daß nunmehr vom Reiche her die Größe und die Zukunft der Nation gewährleistet wird.

Auch die Berichte über die außerdeutschen Staaten halten sich auf dem beachtlichen Niveau des gesamten Bandes: Der Bericht über „Die Verfassung Österreichs" stammt aus der Feder von Dr. Norbert Gürke in München, während Prof. Dr. Dr. h. c. Stephan von Csekey, Professor in Szeged, über Estland, Prof. M. Rob. Siotto-Pintòr, Professor in Florenz, über Italien und Prof. Dr. Siegmund Cybichowski, Professor in Warschau, über Polen berichten. Besonders der Bericht über Italien bietet dem deutschen Leser einen aufschlußreichen Einblick in staatsrechtliche Probleme, die in ähnlicher Weise auch das deutsche Staatsrecht bewegen.

RA. Reuß, Berlin.

Die Verwaltungs-Akademie. Ein Handbuch für den Beamten im nationalsozialistischen Staat. Herausgegeben von Staatssekr. Dr. **Lammers** und Staatssekr. Dr. **Pfundtner.** Lieferung 9—12. Berlin 1934/35. Industrieverlag Spaeth u. Linde. Preis je Lieferung 1 *RM*.

Das Gesamtwerk dieses beachtenswerten Handbuches ist bereits JW. 1935, 272 besprochen worden. Es kann insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

Die vorliegenden Lieferungen 9—12 bringen als Beiträge: „Geopolitische Grundlagen" von Generalmajor a. D. Prof. Dr. Haushofer, „Fürsorge- und Jugendrecht" von Stadtrat Dr. Dr. Robert Plank, „Bürgerliches Recht, Schuldrecht" von Prof. Dr. Hueck, sowie aus dem dritten Band die ersten beiden Beiträge: „Die deutsche Wirtschaft" von StSekr. Dr. Posse und „Deutsche Wirtschaftsgeschichte" von Prof. Dr. Laum.

Auch diese Abhandlungen sind äußerst interessant geschrieben und bestens geeignet, dem Leser die Kenntnis der behandelten Gebiete zu vermitteln, um so mehr, als von jeder lehrbuchartigen Unterrichtung Abstand genommen ist. Statistiken und praktische Beispiele (besonders im Aufsatz Hueck) erleichtern das Verständnis. [L.]

SenPräs. Dr. **Franz Scholz: Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts** (Reich und Preußen), systematisch dargestellt von Mitgliedern des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Bd. 2: Grundstücksabgabenrecht. Köln 1935. Verlag Dr. Otto Schmidt. Gesamtpreis 38,50 *RM*.

Vom Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts (Reich und Preußen), dessen 1. Band in JW. 1933, 1176 besprochen wurde, ist jetzt der 2. Band „Grundstücksabgabenrecht" erschienen. Der Gedanke eines Querschnitts durch das Abgabenrecht, soweit es sich auf Grundstücke bezieht, wird nicht nur in Fachkreisen, sondern in allen mit dem Grundstücksgeschäft verbundenen Kreisen Anklang finden, und in der Tat ist das Buch ein ausgezeichnetes Nachschlagewerk für alle auf das Abgabenrecht für Grundstücke bezüglichen Fragen. Da das Handbuch nur von Mitgliedern des PrOVG. herausgegeben ist, so sind besonders gut diejenigen Rechtsgebiete bearbeitet, die zum Spruchbereich des OVG. gehören. Der Aufsatz über Anliegerbeiträge beispielsweise von SenPräs. Ernst Felsch muß geradezu als Muster kurzer, inhaltsreicher Darstellungsweise angesehen werden. Auch die anderen Sachgebiete sind sämtlich von ersten Kennern bearbeitet, wenn auch vielleicht für die dem Werke zu wünschende weitere Auflage die Heranziehung von Fachmitarbeitern aus dem Richterkollegium des RFH. oder aus dem Anwaltsstande in Erwägung gezogen werden sollte. Ich denke z. B. an Rechtsgebiete wie das Grunderwerbsteuerrecht, dessen außerordentlich verwickelte Rspr. und Rechtspraxis, die für den Grundstücksumsatz ja von größter Bedeutung sind, vielleicht noch eine etwas eingehendere Darstellung erwünscht erscheinen ließen. Der Gedanke, Querschnittdarstellungen zu bringen und damit die übliche Schuleinteilung des Rechts (Bürgerliches Recht, Öffentliches Recht, Steuerrecht usw.) zu sprengen, sollte auch für andere Sachgebiete, z. B. die Landwirtschaft, gewisse Gruppen der freien Berufe, wie die Anwaltschaft und die Ärzteschaft, vielmehr als bislang fruchtbar gemacht werden. Gegenwärtig widmet sich außer dem Verlag von Dr. Otto Schmidt, der auch in der von ihm herausgegebenen GmbH.-Rundschau laufend das Recht der GmbH. querschnittweise darstellt, noch der Verlag für Wirtschaft und Verkehr Forkel & Co. in seiner Steuer- und Wirtschafts-Kartei solchen Querschnittdarstellungen. Eine solche Auflockerung des verwickelten deutschen Rechtssystems erscheint nicht nur wissenschaftlich ertragreich, sondern auch für den Praktiker außerordentlich begrüßenswert.

RA. Dr. Heinz Meilicke, Berlin.

Sammlung von Reichsgesetzen staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachverzeichnis von Dr. **Karl Sartorius,** Prof. an der Univ. Tübingen. 12., neubearbeitete Auflage in Loseblatt-

form. München und Berlin 1935. C. H. Becksche Verlagsbuchh. Preis 8,50 *RM*.

Auch die „rote Becksche Sammlung" beginnt, sich auf die zur Zeit moderne Loseblattform umzustellen; nach Schönfelders „Reichsgesetzen" erscheint nun auch der seit langem bekannte und in 11 Auflagen bewährte „Sartorius" in dieser Aufmachung. Ob die Loseblattform wirklich immer so praktisch und bei dem Gebraucher beliebt ist, wie es oft heißt, sei dahingestellt. Denn für den „Sartorius" als Sammlung der — für die nächste Zeit noch erheblichen Änderungen und Ergänzungen unterliegenden — staats- und verwaltungsrechtlichen Gesetze ist die gewählte Form durchaus angebracht und auch für den Gebraucher angenehm, da nicht in Kürze ein neues Buch angeschafft werden muß, sondern stets eine auf dem laufenden befindliche Sammlung vorhanden ist.

Die Neubearbeitung berücksichtigt alle inzwischen ergangenen Veränderungen, bringt in den Anmerkungen wertvolle Hinweise auf Änderungen und Aufhebungen von Gesetzen und VO. und enthält die Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts, die seit dem 30. Jan. 1933 ergangen sind. Sie hat die alte Anordnung der Gesetze nach dem Datum ihres Erlasses bestehen lassen. Dadurch werden die zusammenhängenden Bestimmungen voneinander getrennt. Das ist bei der Loseblattform nicht notwendig. Es könnte also z. B. die DurchfVO. zum ReichsautobahnenG. (jetzt S. 803) unmittelbar hinter diesem Gesetz (S. 762) eingeordnet werden.

Für die Ergänzung der Sammlung seien in Vorschlag gebracht: die 14 Punkte Wilsons, das Waffenstillstandsabkommen, das Diktat von Versailles in seinen wesentlichen Bestimmungen und die Völkerbundssatzung. Die Kenntnis dieser Gesetze ist für die deutsche Jugend — und sie bildet wohl den wesentlichen Teil der Benutzer des Sartorius — gerade heute von größter Wichtigkeit. Mit dem im Sartorius S. 262 unter Nr. 31 abgedruckten Gesetz über den Friedensschluß zwischen Deutschland und den alliierten und assoziierten Mächten allein kann man nichts anfangen. Ferner fehlt das Gesetz über den Austritt Deutschlands aus dem Völkerbund.

Überflüssig erscheint mir die Aufnahme der Gesetze über die Wahl des RPräs. (Nr. 55) und über das Ruhegehalt des RPräs. (Nr. 49).

[L.]

Jahrbuch für Kommunalwissenschaft. Veröffentlichungen des Kommunalwissenschaftlichen Instituts an der Universität Berlin. Herausgeber: Dr. Kurt Jeserich. 2. Halbjahrsband. 1. Jahrg. 1934. Stuttgart-Berlin. Verlag W. Kohlhammer. Preis 6 *RM*, in Leinen geb. 7.50 *RM*, bei laufendem Bezug 5 *RM*, geb. 6,50 *RM*.

Der nunmehr vorliegende zweite Band des Jahrbuchs für Kommunalwissenschaft, dessen Zielsetzung in der Besprechung in JW. 1934, 2326 gewürdigt worden ist, behandelt wiederum eine Reihe durchaus aktueller kommunaler Probleme, deren wissenschaftliche Durchleuchtung gerade im jetzigen Augenblick von besonderem Interesse ist. Diese Aktualität ist insbes. bei den beiden einleitenden Aufsätzen zu bejahen. Die Darstellung des Referenten am Kommunalwissenschaftlichen Institut an der Universität Berlin, Dr. Karl Lohmann, über „Staat, Partei und Kommunalverwaltung in Rußland und Italien" berührt eine der auch in Deutschland bedeutsamsten Fragen, die für die deutschen Gemeinden kürzlich in der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Jan. 1935 ihre Lösung durch die Schaffung der Beauftragten der NSDAP. gefunden hat. Bei aller Unterschiedlichkeit der Grundlagen und Voraussetzungen ist es von hohem Interesse, die Wege zu verfolgen, die in Rußland und Italien in dieser Richtung beschritten worden sind. Von der gleichen gegenwartsnahen Bedeutung ist der Aufsatz des Direktors des Großkraftwerkes Mannheim, Dr. Marguerre über die „Neugestaltung der öffentlichen Energiewirtschaft", der sich vor allem mit der Frage auseinandersetzt, ob es aus technisch-wirtschaftlichen Gründen zur Verbesserung der Energiewirtschaft oder zur Erreichung der allseits verlangten Tarifverbilligung notwendig ist, die Gemeinden aus Energieerzeugung und Verteilung herauszudrängen und andere Träger an ihre Stelle zu setzen, ob nicht vielmehr organisatorische Änderungen einfacherer, organisch weiterbauender Art genügend oder sogar besser zur Erreichung dieses wirtschaftlichen Zieles geeignet sind. Nach dieser Richtung unterbreitet der Verf. Vorschläge, die den Interessen der Gemeinden auf diesem Gebiete durchaus gerecht werden. Auf besonderer wissenschaftlicher Höhe steht der auch unter Gesichtspunkten der Reichsreform bedeutsame Aufsatz von Dr. Christaller über „Allgemeine geographische Voraussetzungen der deutschen Verwaltungsgliederung". Hier wird die Frage der Verwaltungsgliederung unter Gesichtspunkten gewertet, die bisher allzusehr im Hintergrunde gestanden haben.

Die im wesentlichen beschreibenden Abhandlungen von Dr. Zeitler über das „kommunale Krankenhauswesen in Deutschland" und von Dr. Pagenkopf über „Die dezentralisierte Selbstverwaltung" geben einen guten Überblick. Sachlich wird man gegenüber den Ausführungen von Pagenkopf über das Problem „Groß-Berlin" durchaus Vorbehalte machen können. Auch insoweit vermag ich dem Verf. nicht zuzustimmen, als er in § 43 EinfG. zum Ges. v. 29. Juli 1929 die Verwirklichung des Gedankens des Großkreises sieht. Die genannte Vorschrift bringt m. E. ein viel weitergehendes organisatorisches Prinzip zum Ausdruck.

Nicht nur für den Statistiker, sondern für jeden finanzrechtlich Interessierten sind die Ausführungen von Stegemann über „Interkommunale Finanzstatistik" außerordentlich anregend. Sie zeigen erneut, wie schwer es ist, die Vielgestalt des kommunalen Finanzlebens in Regeln und Normen zu fassen.

Wie bereits im ersten Band steuert der Beigeordnete des Deutschen Gemeindetages, Dr. Meyer, wiederum interessantes statistisches Material in der „Kommunalstatistischen Chronik" bei. Er bringt dieses Mal u. a. zu den Fragen der Erwerbstätigkeit und der sozialen Schichtung, der Bevölkerungsentwicklung im 1. Halbjahr 1934, des Beschäftigungsgrades und des Rückganges der Arbeitslosigkeit, der öffentlichen Fürsorge, des wirtschaftlichen Wiederaufbaus, der Arbeitsbeschaffung und Bautätigkeit, der Energieerzeugung und des Energieverbrauchs, der öffentlichen Haushalte und Steuereinnahmen wissenswertes und aufschlußreiches Zahlenmaterial.

Zwei Aufsätze (Montagu Harris, „Neueste Ereignisse in der englischen Lokalverwaltung", Betters „Amerikanische Städte in der Krise") sind ausländischen Kommunalverhältnissen gewidmet; ein weiterer Aufsatz befaßt sich mit dem internationalen Gemeindeverband; er wurde von dessen Generalsekretär E. Vinck verfaßt. Schon die Namen dieser ausländischen Verf. sichern ihren interessanten Ausführungen die gebührende Beachtung.

Die „Kommunalpolitische Halbjahresübersicht" wird dieses Mal nicht von Harry Götz, sondern von Leo Hilberath erstattet. Sie ist diesmal weniger als die erste Übersicht bloße Berichterstattung, wertet vielmehr in einer Reihe von Fragen die vom Staate getroffenen Anordnungen und Maßnahmen. Dieser Meinung kann ich mich nicht in allem anschließen. So ist namentlich die auf S. 264/265 geübte Kritik an den überörtlichen Prüfungseinrichtungen in keiner Weise schlüssig und nicht einmal in allen Teilen recht verständlich. Auf kaum mehr als einer Seite läßt sich diese Frage nun wirklich nicht so behandeln, wie sie es erfordert. Im übrigen zeigt die Deutsche Gemeindeordnung v. 30. Jan. 1935 ganz klar, daß der Verf. sich mit diesen Ausführungen wohl nicht auf dem richtigen Wege befindet.

Zum Schlusse noch ein Wunsch für die Gestaltung der kommenden Bände: Das Jahrbuch für Kommunalwissenschaft möge sich noch mehr als bisher in den Dienst der Aufgabe stellen, Fragen zu behandeln, deren gesetzgeberische oder verwaltungsmäßige Lösung noch bevorsteht. Gerade in der heutigen Zeit liegt hier ein Betätigungsfeld dankbarster Wirkungsmöglichkeit.

ORegR. Dr. Loschelder, Berlin.

Dr. **Wilhelm Loschelder**, ORegR. im PrMdJ., und Dr. **Wolfgang Spielhagen**, MinR. in der Präsidialabteilung des Rechnungshofes: **Prüfung von Gemeinden und Gemeindeverbänden.** Eberswalde. Verlagsgesellschaft R. Müller mbH. Preis 6,20 *RM*.

Zum Wichtigsten des wirtschaftlichen Reformwerkes, das der nationalsozialistische Staat nach dem Umbruch eingeleitet hat, gehört die Gesundmachung der gemeindlichen Finanzen. Die Gemeinde ist die Zelle des Körpers Staat; seine wirtschaftliche Gesundung hängt deshalb wesentlich von derjenigen der Gemeinde ab. Dadurch erwachsen den mit den einschlägigen Aufgaben betrauten Stellen ebenso bedeutende wie schwierige und verantwortungsvolle Aufgaben. Sie sind festgelegt im Preußischen Gemeindefinanzgesetz v. 15. Dez. 1933 und werden voraussichtlich ohne sehr wesentliche Änderungen in die Durchführungsbestimmungen der Reichsgemeindeordnung übergehen. In Preußen sind die Gemeindeprüfungsämter für die der Aufsicht des Landrats unterstehenden Gemeinden bei den Landratsämtern, für die der Aufsicht des RegPräs. unterstehenden Gemeinden bei den RegPräs. eingerichtet. Bei den durch sie vorzunehmenden Prüfungen unterscheidet das Gemeindefinanzgesetz Ordnungsprüfungen und Wirtschaftlichkeits- und Organisationsprüfungen. In der Natur der Sache liegt es, daß der Durchführung dieser Aufgaben

nichts von grauer Theorie anhaften darf, daß vielmehr alles dabei auf die gesunde Durchführung gesunder praktischer Grundsätze ankommt. Der Einführung in diese Praxis diente ein im Sommer vorigen Jahres für die Leiter der preußischen Gemeindeprüfungsämter im Ministerium des Innern veranstalteter Schulungskursus, aus dem sechs Vorträge in der oben angezeigten Schrift veröffentlicht werden: Das preußische Gemeindefinanzgesetz v. 15. Dez. 1933 von ORegR. Dr. Loschelder in Berlin; — Das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden von Kämmereidirektor Humpert in Halle (Saale); — Praktische Durchführung der örtlichen Rechnungsprüfung von Rechnungsdirektor Schick in Düsseldorf; — Grundfragen gemeindlicher Gesamtverwaltungsprüfungen von ORegR. Dr. Kaufmann in Berlin; — Die Prüfung der gemeindlichen Finanzwirtschaft von MinR. Dr. W. Spielhagen in Berlin; — Prüfung gemeindlicher Betriebe und Unternehmungen von Geh. Baurat A. A. Schubert in Berlin. Mit dieser Veröffentlichung wird der Inhalt der Vorträge in dankenswerter Weise den Zuhörern für die Praxis ihrer Arbeit festgehalten, was besonders für Einzelfragen warm zu begrüßen ist, und zugleich einem weiteren Kreise von Interessenten Einblick in den Lebensnerv der Gemeinde, die Finanzwirtschaft, gewährt. Die hier gebotenen Richtlinien sprechen aus, daß die Arbeit der Gemeindeprüfungsämter sich in der Regel auf eine Überprüfung beschränken soll, nachdem eine sorgfältige und vollständige Prüfung durch das örtliche Rechnungsprüfungsamt der Gemeinde stattgefunden hat und dies durch Teilprüfungen des Gemeindeprüfungsamtes festgestellt worden ist (S. 79). Von den Aufgaben der Gesamtverwaltungsprüfungen wurden Wirtschaftlichkeits- und Organisaitonsprüfungen als „mehr dynamische", die Ordnungsprüfungen als „mehr statische" bezeichnet. In den Wirtschaftlichkeits- und Organisationsprüfungen werden die Verwaltungen und Unternehmungen mehr in den sie bewegenden Willenskräften erfaßt, in ihrer Zielsetzung im Rahmen der von der Staatsverwaltung gewiesenen großen staatspolitischen Ziele, in dem Nutzwert ihrer Leistungen. Daher wird die Wirtschaftlichkeits- und Organisationsprüfung in der Regel bei den leitenden Persönlichkeiten einsetzen, bei den Aufgaben, die sie sich gestellt haben, bei der Organisation, die sie zur Bewältigung ihrer Aufgaben geschaffen haben — die Ordnungsprüfungen dagegen mehr bei den ausführenden Organen und den Methoden, mit denen sie die ihnen gestellten Teilaufgaben erfüllen (S. 119, 120). Für den Umfang der hierbei erwachsenden Aufgaben ist bezeichnend, daß es nach einer Zählung bei einer großstädtischen Verwaltung etwa 40 voneinander mehr oder weniger unabhängige Teilgebiete der Verwaltung waren, auf die sich die Gesamtverwaltungsprüfungen zu erstrecken haben (S. 125).

Wenn die in der Schrift aufgezeigten Wege und Mittel überall und immer zur vollen Durchführung gelangen, so wird an der Verwirklichung ihres Zieles, der Wiedergesundung unserer Gemeindefinanzen, nicht zu zweifeln sein.

ORegR. Herrmann, Schleswig.

Ersatzblätter zum Beamtenrecht für Reichsbeamte und preußische Landes- und Kommunalbeamte. Sammlung einschlägiger Bestimmungen des Reichs und Preußens nach dem jeweils neuesten Stand der Gesetzgebung von Landrat Dr. A. Vogels, Düsseldorf. Verlag C. W. Haarfeld, GmbH., Essen. Stückpreis nur 4,50 *RM.* Preis der Ersatzblätter je Blatt 2 *Rpf.*

Zu dieser Lose-Blatt-Ausgabe ist jetzt die 1. Folge der 2. Lieferung Ersatzblätter erschienen. Diese Folge enthält u. a. die gesamte Deutsche Gemeindeordnung v. 30. Jan. 1935 und ist eine ganz wertvolle Ergänzung obiger Ausgabe. Außerdem berücksichtigen diese Ersatzblätter folgende wichtigen Gesetze und Erlasse:

Reichsstatthaltergesetz v. 30. Jan. 1935,

Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Ernennung und Entlassung der Reichsbeamten v. 1. Febr. 1935,

Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Ernennung und Entlassung der Landesbeamten v. 1. Febr. 1935,

Ausführungs- und Übergangsbestimmungen zu den Erlassen des Führers und Reichskanzlers über die Ernennung und Entlassung der Reichs- und Landesbeamten v. 22. Febr. 1935,

Anordnung des Reichs- und Preußischen MdI. über die Ernennung und Entlassung der Beamten der allgemeinen und inneren Verwaltung v. 14. Febr. 1935,

Erlaß des Ministerpräsidenten über Beamtenernennungen v. 6. Febr. 1935,

Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Ausübung des Gnadenrechts v. 1. Febr. 1935,

Anordnung des RMdI. über die Ausübung des Gnadenrechts in Dienststrafsachen v. 21. Febr. 1935,

Erlaß des Ministerpräsidenten über die Ausübung des Gnadenrechts v. 6. Febr. 1935.

Ein kurzer Überblick über vorstehende Erlasse bestätigt erneut die Bedeutung der Lose-Blatt-Ausgabe Beamtenrecht, deren Anschaffung allen Reichs- und preußischen Landes- und Kommunaldienststellen sowie den leitenden Beamten empfohlen werden kann.

Wilhelm Franzen: Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz. Bd. II und Bd. III. Greifswald 1934. Universitätsverlag Ratsbuchhandlung L. Bamberg.

Die vorliegenden beiden Bände bilden die Fortsetzung und den Abschluß des Lehrkommentars des Verf., dessen erster Band bereits 1932 erschienen und in JW. 1933, 1178 besprochen worden ist.

Die äußere Form der Stoffanordnung ist vom Verf. so gewählt worden, daß er jeweils im Anschluß an den Gesetzestext zunächst den einschlägigen Teil der amtlichen Begründung und die einschlägige Ausführungsbestimmung und sodann seine eigenen Erläuterungen bringt; seinen Erläuterungen schickt der Verf. stets in übersichtlicher Gruppierung eine Inhaltsangabe voraus. Diese Art der Stoffanordnung ist den pädagogischen Zwecken eines Lehrkommentars gut angepaßt: dem Benutzer wird stets alles Wissenswerte in bequemer räumlicher Nähe geboten. Auch die eigenen Erläuterungen des Verf. sind selbständig und anregend gehalten und führen den Studierenden durch anschauliche Beispiele geschickt an den Stoff und seine Problematik heran. Beachtenswert ist es auch, daß der Verf. häufig im Rahmen seiner Erläuterungen zu jenen Problemstellungen Erörterungen und Lösungen bietet, in denen sich das öffentliche und das private Recht überschneiden.

Gelegentlich stören Flüchtigkeiten den soliden Eindruck; besonders läßt es der Verf. bei den literarischen Quellenangaben bisweilen an der wünschenswerten Exaktheit fehlen. So gibt er z. B. auf S. 125 im Rahmen seiner Erläuterungen zu § 40 PolVerwG. als Beleg eine OVGEntscheidung an, als deren Fundort er „Stufen 1930" ohne jede Seitenbenennung anführt; einige Seiten zuvor (S. 119) bezieht er sich ohne jede Angabe des literarischen Fundorts auf „Friedrichs und Waldecker" und in den Erläuterungen zu § 41 auf S. 141 ohne weitere Fundortangabe auf „Carl Schmitt".

Erfreulich ist der vom Verf. mehrfach betonte Hinweis auf den Unterschied zwischen den Begriffsmerkmalen und den Gültigkeitsvoraussetzungen einer polizeilichen Verfügung. Wer Gelegenheit hatte, unsere Studenten bei ihrem Bemühen um polizeirechtliche Erkenntnisse zu beobachten, weiß, wie sehr gerade die Verkennung des bedeutsamen Unterschiedes zwischen den begrifflichen Merkmalen und den Gültigkeitserfordernissen eines Verwaltungsaktes, also auch einer polizeilichen Verfügung, immer wieder zu groben Fehlern und Mißverständnissen verleitet (vgl. Reuß in „Stufen" 1932, 495 f., 1933, 16 ff. und 1933, 32 ff., „Anleitung zur Lösung praktischer Fälle aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts, erläutert an Beispielen aus dem Polizeirecht").

Bedauerlich ist, daß die Brauchbarkeit des besprochenen Werkes durch den Fortgang der Gesetzgebung inzwischen in vielen Hinsichten beeinträchtigt worden ist, was durch die vom Verlag nachgelieferten Fragmente mit einem Teil der Neuerungen nur unvollständig ausgeglichen wird.

RA. Reuß, Berlin.

Dr. Wittland, KGR. im Preuß. Justizministerium: Die preußischen Dienststrafordnungen für Beamte und Richter, in der vom 1. Okt. 1934 ab geltenden Fassung. (Stilkes Rechtsbibliothek 136.) Berlin 1935. Georg Stilke Verlag. Preis geb. 19,50 *RM.*

Das preußische Beamtenrecht erforderte dringend gründliche Neubearbeitung wegen der neuen Fassung, wie im neuen Geist. Dieser großen Aufgabe hat sich Wittland mit bewundernswürdigem Geschick unterzogen. Im Vollbesitz der Kenntnis des weitschichtigen Schrifttums und der langjährigen Rechtsprechung oberster Gerichtshöfe legt Wittland die neuen Gesetze in flüssiger, dem juristischen Laien wohl verständlicher Sprache dar. Besonders wichtige Paragraphen haben als Einleitung Vorbemerkungen und Übersichten über die systematische Einteilung, die leichte Auffindung gewährleisten.

Den größten Wert des Buches erblicke ich in dem wissenschaftlichen Geist, der verschmäht, anscheinend gesicherte Ergebnisse von Schrifttum und Rechtsprechung kritiklos zu „tradieren", sondern zurückgeht auf die beamtenrechtlichen Urquellen, auf das Hineinstellen eines Individuums in das besondere Treueverhältnis zum Staat (Körperschaft). Hierbei kommt nach Witt-

land der Staat zu vollem Recht, ohne daß das Individuum seine Persönlichkeit einbüßt.

Diese Auffassung befähigte Wittland, mit alten, zum Teil für den Beamten objektiv ungerechten Entscheidungen zu brechen, mit dem Scheidewasser der Kritik das echte Gold vom minderen Metall zu sondern. Gerechtigkeit und Wohlwollen sind ihm die beiden Pole.

Für den Rezensenten ist selbstverständlich die Stellung Wittlands gegenüber dem Angeschuldigten und Verteidiger besonders bedeutsam. Wertvoll für den Beamten ist vor allem die Anerkennung des die Schuld ausschließenden verzeihlichen Irrtums (S. 158 f.) samt den Folgerungen hieraus: Unrichtigkeit des Standpunktes des PrOVG., das annimmt, ein Beamter, der einer dienstlichen Anordnung nicht folge — weil er sie für unrechtmäßig hält —, handele stets auf seine Gefahr; Widerlegung des Standpunktes des Großen Disziplinarsenats, der zwar den verzeihlichen Irrtum, ob der Beamte zum Amtsantritt verpflichtet sei, im Rahmen der Lehre von der unerlaubten Amtsentfernung für beachtlich hält, jedoch den Beamten wegen allgemeinen Dienstvergehens bestraft; Widerlegung desselben Gerichtshofes, der völligen Mangel an Geldmitteln nicht als Entschuldigung für das Fernbleiben vom neuen Amte betrachtet.

Nicht einverstanden mit Wittland bin ich hinsichtlich seiner Auffassung betr. die Nichtanwendung des § 193 RStGB. im Dienststrafrecht.

Für Anwendung der Wahrnehmung berechtigter Interessen kämpfe ich vor den Disziplinarkammern und -höfen seit 30 Jahren. Wittland geht mit der herrschenden Spruchpraxis darin einig: „Auf dem Gebiete des Dienststrafrechts hat § 193 StGB. keine unmittelbare und keine sinngemäße Geltung" (S. 90). Ohne behaupten zu wollen, daß § 193 durch Analogieschluß auf das Dienststrafverfahren zu übertragen sei, steht m. E. fest: das natürliche Recht des Beamten verleiht ihm Schutz gegen (in der Praxis selbstverständlich äußerst seltene) rechtswidrige Eingriffe des Vorgesetzten in seine Rechtssphäre. Würde dieser z. B. einem weiblichen Beamten zunahetreten, so wäre geeignete Stellungnahme dagegen in Wort und notfalls Tat selbst unter Verletzung der für die Regel durch § 2 Ziff. 1 u. 2 DRBDStO. gebotenen Achtungspflicht dienststraffrei. Denn die Wahrnehmung berechtigter Interessen ist begrifflich eine Unterart der Notwehr. Für sie aber anerkennt Wittland, daß objektiv der Tatbestand eines Dienstvergehens nicht vorliegt.

Nach § 21 sind dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger, sobald die Anschuldigungsschrift zugestellt ist, auf Verlangen jederzeit die Akten zur Einsicht vorzulegen.

Nach der Verwaltungsübung und selbstverständlich kann der Beamte der Staatsanwaltschaft ebenfalls die Vorlage der Akten zur Einsicht verlangen, wenn hierdurch das Verfahren nicht aufgehalten wird.

Endlich hat auch das Gericht selbst Interesse an Akteneinsicht. Diese vierfache Konkurrenz ist im Gesetz nicht geschlichtet. Auch der Kommentar äußert sich nicht. Die Regelung ist schwierig und muß im Geiste des Verständnisses für die Lage des Angeschuldigten erfolgen.

Die Stellung des Verteidigers ist sachkundig und für seine Belange verständnisvoll behandelt. Verabfolgung der Akten in die Wohnung ist für den Verteidiger eine Wohltat. Er kommt dadurch in die Lage, ihm passende Arbeitszeiten (frühmorgens, abends, nachts) zum Aktenstudium zu verwenden, um den vielleicht kurzen Zwischenraum zwischen Zustellung der Anschuldigungsschrift und Hauptverhandlung auszunutzen. Wittland ist für die Verabfolgung der Akten in die Wohnung des Verteidigers, sofern dies im Einzelfall unbedenklich erscheint. Er erwirbt sich dadurch den Dank der Verteidiger und fördert, was wir alle erstreben, den Dienst an der Wahrheit.

Auch die Einsicht der Personalakten, die häufig dem Verteidiger vorenthalten wird, gestattet Wittland.

Gerade im Dienststrafverfahren kommt, mehr als im Strafprozeß, so viel auf die Gesamtpersönlichkeit an. Sie wird am besten aus den Personalakten erkannt. Ihre Vorenthaltung bedeutet für die Verteidigung ein schweres Hemmnis.

Auch im Dienstunfähigkeitsverfahren läßt Wittland die Zuziehung eines Vertreters zu (S. 628, 767).

In betreff der Zulassung eines Verteidigers im nichtförmlichen Verfahren nimmt Wittland eine dem Verteidiger wohlwollende Stellung ein (S. 232). Aus § 20, wo Zulassung für das förmliche Verfahren geregelt ist, brauche nicht notwendig gefolgt zu werden, daß im nichtförmlichen Verfahren die Zuziehung eines Verteidigers gänzlich ausgeschlossen sei. Entschiedener zwar drückt sich der R. u. PrJustMin. in seiner an den BNSDJ. Hamm gerichteten Antwort (JW. 1935, 759) aus, wo er sagt:

„Ein Ausschluß von Rechtsanwälten in der Vertretung von Rechtsangelegenheiten kann nur insoweit anerkannt werden, als er ausdrücklich festgelegt ist."

Wittland weicht hier dem Grundsätzlichen aus, er meint (S. 232):

„Allerdings wird, solange ein Strafbescheid nicht erlassen ist, eine Tätigkeit für einen Verteidiger kaum in Betracht kommen; dagegen wird nicht als unzulässig anzusehen sein, daß die Beschwerde gegen einen Strafbescheid von einem Verteidiger gefertigt und eingereicht wird."

(S. 251):

„Im allgemeinen steht es im freien Ermessen der mit einem nichtförmlichen Verfahren befaßten Dienststellen, ob sie einen Verteidiger zulassen wollen oder nicht. Jedenfalls kann die Beschwerde von einem Verteidiger erhoben und die Beschwerdeschrift von ihm angefertigt und eingereicht werden."

Merkwürdigerweise heißt es dagegen in Ziff. 7 Vorbem. zu § 82 RDStO. (S. 760):

„Die Möglichkeit, einen Rechtsanwalt als Beistand im Verfahren zur unfreiwilligen Versetzung eines Richters in ein anderes Richteramt zuzuziehen, ist in der RDStO. ausdrücklich weder zugelassen noch ausgeschlossen. Da die Zulassung eines Verteidigers sowohl im Dienststrafverfahren (§ 38 RDStO.) wie auch im Dienstunfähigkeitsverfahren (§ 90 Satz 3 RDStO.) ausdrücklich vorgesehen ist, wird die Zuziehung eines Vertreters im Verfahren zur Versetzung in ein anderes Richteramt als ausgeschlossen gelten müssen."

Es ist zu hoffen, daß der Standpunkt des Herrn Ministers in Rechtspflege und -wissenschaft zum Allgemeingut der Behörden und Gerichte werde.

Die Teilnahme des Verteidigers an der Voruntersuchung schon von der ersten Vernehmung des Angeschuldigten an fördert Wittland. Er verlangt (S. 258), daß „die Frist zwischen der Zustellung des Einleitungsbeschlusses und der ersten Vernehmung des Angeschuldigten durch den Untersuchungsführer so bemessen sein muß, daß der Angeschuldigte in der Lage ist, einen Verteidiger zu wählen. Auch sonst ist Rücksicht auf eine unvermeidbare Behinderung des Verteidigers zu nehmen."

Die vereinzelt immer noch auftretende Wendung in Anschuldigungsschriften „mit dem Ziele der Dienstentlassung" nimmt m. E. unzulässigerweise das Ergebnis der Hauptverhandlung vorweg und sucht auf die Dienststrafgerichte eine scharfe Suggestion auszuüben. Wittland betont richtig, die Anschuldigungsschrift müsse auch die für Bemessung der Dienststrafe beachtlichen Umstände anführen, und fährt fort: „Schlußfolgerungen aus dem für erwiesen erachteten Sachverhalt brauchen in der Anschuldigungsschrift nicht gezogen zu werden, auch die Stellung bestimmter Strafanträge kann der Beamte der Staatsanwaltschaft sich für die mündliche Verhandlung vorbehalten." M. E. wäre zweckmäßig, die oben genannte Zielrichtung zu unterlassen, um die vorgesetzte Behörde und sich selbst nicht unnötig vor Schluß der Hauptverhandlung festzulegen und Objektivität zu wahren.

Für spätere Auflagen empfehle ich Aufnahme der Durchführungsanweisung.

Die Ausstattung solid vornehm, wie beim Verlag üblich. Druck ermöglicht Fülle des Stoffes im handlichen Bande von 820 Seiten.

RA. Dr. Görres, Berlin.

Dr. jur. **Hans Schneickert**, beauftr. Dozent für strafrechtliche Hilfswissenschaften an der Universität Berlin: **Einführung in die Kriminalsoziologie und Verbrechensverhütung.** Jena 1935. Verlag Gustav Fischer. Preis steif brosch. 5 RM.

Der als soziologischer Schriftsteller bewährte Verf. unterbreitet in dem vorliegenden Buche den Inhalt seiner sonst den Studierenden vorgetragenen „Einführung in die Kriminalsoziologie" einem weiteren Kreise. Auch dieser wird die klaren und gemeinverständlichen Darlegungen über die Begriffe und Ziele der Kriminalsoziologie, über die Grundbegriffe der Soziologie, über die sozialen Anlagen des Menschen, über das Wesen der Gesellschaft und der Gemeinschaft usw. sicher mit Interesse aufnehmen. Vor allem ist der „Besondere Teil" von Wert, der sich mit der Verbrechensverhütung befaßt. Denn insoweit verbindet sich mit dem Buche eine praktischer Zweck. Liegt doch gerade für den Strafrechtspraktiker und den Kriminalpolitiker die Hauptaufgabe in der rechtzeitigen Erkennung der Verbrechensgegenmittel und ihrer Anwendung. Daß dabei auch die durch die neue Gesetzgebung eingeführten sichernden Maßnahmen und andere Einrichtungen, wie die Kriminalberatungsstellen u. dgl. mitbehandelt werden, braucht kaum betont zu werden. Die in der Schlußbetrachtung enthaltene Mitteilung über die Folgen der Entmannung in 310 von

Prof. Dr. Joh. Lange beobachteten Fällen zeigt, wie richtig der Gesetzgeber gehandelt hat, wenn er die Entmannung nur als eine Kannvorschrift eingeführt hat.

GenStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

Willy Weckerle, Landesfinanzamtsdirektor in Stuttgart: **Kurzkommentar zum Vermögensteuergesetz vom 16. Okt. 1934** nebst Durchführungsbestimmungen und amtlicher Begründung. (Becksche Kurzkommentare Bd. 15.) München und Berlin 1935. C. H. Becksche Verlagsbuchh. Preis Leinenband 4 *RM*.

Wenn in der bewährten Reihe der Kurzkommentare „in Baumbachscher Erläuterungsweise" nunmehr auch Steuergesetze erscheinen, so wird das von dem Kenner dieser Kommentare mit besonderer Freude und hohen Erwartungen begrüßt. Die Durchsicht dieses 1. Bandes entspricht in vollem Umfange diesen Erwartungen und läßt die weiter angekündigten Kurzkommentare zu den übrigen Steuergesetzen mit besonderer Spannung erwarten.

Mit Recht beschränkt sich der Verf. auf seine eigentliche Aufgabe, nämlich auf die Kommentierung des VermStG. unter völliger Ausschaltung des in einem besonderen Bande zu behandelnden RBewG. Es kann überraschen, wie viele Zweifelsfragen sich schon bei einem so verhältnismäßig einfachen Gesetz wie dem VermStG. ergeben.

Besonderes Interesse erweckt die genaue Behandlung der Fragen, die mit der Neuveranlagung und der Nachveranlagung zu tun haben, da ja diese in Zukunft wieder eine größere Bedeutung erlangen werden als bisher.

Neben den DurchfBest. vom 2. Febr. 1935 ist auch die amtliche Begründung abgedruckt, die ja inhaltlich die Bedeutung eines halbamtlichen Kommentars hat.

Das kleine Buch kann jedem Praktiker warm empfohlen werden.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

SenPräs. beim KG. a. D. Dr. **Adolf Baumbach: Der Schleichbezug von Markenware.** München und Berlin 1934. C. H. Becksche Verlagsbuchh. Preis 1 *RM*.

Die kleine Schrift befaßt sich mit einem sehr wichtigen Problem des Wettbewerbsrechtes, mit den sog. Preisbindungen zweiter Hand. Der Verf. behandelt dieses Problem an Hand der Markenartikel der kosmetischen Branche und kommt — übrigens in bewußtem Gegensatz zu einer Entscheidung des KG. v. 18. Okt. 1934 — zur restlosen Bejahung der Frage, ob ganz allgemein die vom Markenschutzverband geübten Verfahren eine lückenlose Preis- und Vertriebsbindung gewährleisten.

Die Art der Problembehandlung gibt Anlaß zu einigen grundsätzlichen Bemerkungen. Der Verf. versucht nämlich die Lösung des Problems nicht im Rahmen einer vorhandenen Gesamtordnung des Rechtes, sondern auf typisch normativistisch-positivistische Weise, und zwar, wie gleich am Anfang betont wird, unter Ablehnung aller „wirtschaftspolitischen Ausführungen", die „außerhalb des Vorgangs dieser Untersuchung" zu liegen hätten. Ebenso läßt er auch in der weiteren Untersuchung verschiedentlich den „denkbaren Fall", daß öffentliche Belange durch die von ihm aufgestellten Normen verletzt würden, „außer Betracht".

Staatsrat Carl Schmitt hat über diese Art juristischer Untersuchungen kürzlich einmal folgendes gesagt: „Wenn die angeblich rein juristische Methode eines derartigen Positivismus jede nicht rein juristische Erwägung als weltanschaulich, wirtschaftlich, soziologisch, moralisch oder politisch ablehnt, und alle diese sachlichen Erwägungen demnach ausscheiden, so bleibt für die rein juristische Argumentation nicht viel übrig. Was kann als Rest bleiben, wenn man von einem Fall und seiner Würdigung alles Weltanschauliche, Wirtschaftliche, Politische abzieht? Wird das juristische Denken von jedem inhaltlichen Sinn und von der vorausgesetzten normalen Situation losgerissen, so bringt es sich notwendig in einen immer schärferen Gegensatz zu allen Inhalten, zu allem, was weltanschaulich, moralistisch, wirtschaftlich oder politisch ist[1])."

Der Verf. hat aber in seiner Schrift alles Weltanschauliche, Wirtschaftspolitische abgezogen und damit ist diese kleine Schrift ein Beispiel dafür, wie man trotz scharfsinniger und in Einzelheiten auch durchaus richtiger Ausführungen rechtswissenschaftliche Abhandlungen dieser Art heute nicht mehr schreiben sollte. Es ist, wenn man eine einheitliche Ordnung des Rechtes bejaht, unmöglich, ein Einzelproblem wie etwa hier „den Schleichbezug von Markenwaren", losgelöst von allen in der Volksgesamtheit wurzelnden rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen, lediglich auf Grund normativistischer Gesetzesbestimmungen lösen zu wollen. Die Kernfrage, wie dieses Problem im Rahmen der gesamten Rechtsordnung zu verhindern ist, und zwar gerade unter Einbeziehung weltanschaulicher und wirtschaftspolitischer Untersuchungen, hätte auch hier Ausgangspunkt und Grundlage für die Lösung bilden müssen, ganz abgesehen davon, daß die heute besonders akute Frage der Preisbindungen niemals vom Ichstandpunkt eines Interessenten, des Herstellers, sondern nur vom Gesichtspunkte der nationalsozialistischen Weltanschauung und Gesamtwirtschaft betrachtet werden kann.

Der Verf. geht jedoch lediglich vom privatwirtschaftlichen Standpunkt aus. Er stellt als Grundsätze auf:

1. „Auch heute hat der Erzeuger grundsätzlich das Recht, den Preis zu bestimmen, zu dem er seine Erzeugnisse auf den Markt bringt."

2. „So gut der Hersteller einer Ware ihren Preis bestimmen kann, so gut darf er ihren Abnehmerkreis festlegen."

Etwaige Einschränkungen dieser Sätze faßt er als Durchbrechung von Regeln auf. Beide Grundsätze sind als solche unzutreffend.

Der erste zitierte Satz bedeutet eine grundsätzliche Bejahung des hemmungslosen „Laisser faire", das die heutige Rechts- und Wirtschaftsauffassung gerade ablehnt. Der Erzeuger kann eben heute grundsätzlich nicht mehr den Preis so bestimmen, wie er will, sondern er ist kraft seiner Treuepflicht als Volksgenosse, kraft seiner Treuhänderschaft in bezug auf die von ihm hergestellten wirtschaftlichen Werte, die der Bedarfsdeckung der Gemeinschaft dienen müssen, verpflichtet, einen volkswirtschaftlich angemessenen Preis zu nehmen, und er ist nur insoweit frei, als durch die Vertragsbedingungen und Preisfestsetzungen der Notwendigkeit des Gemeinwohls Rechnung getragen ist. Bei der Reichsgesetzgebung handelt es sich nicht um „Einschränkungen" liberalistischer Rechtsnormen, sondern um ein Zeichen grundsätzlichen Umbruchs. Daß trotzdem auch heute noch Preisbindungen rechtswirksam sein können und keineswegs generell abgeschafft werden sollen, ist vom Preiskommissar mehrfach betont worden. Ebenso hat sich aber der Preiskommissar entsprechend der nationalsozialistischen Rechtsauffassung dahingehend ausgesprochen, daß, von gewissen Ausnahmen abgesehen, „die Preisbindung, wo sie auch immer erfolgen möge, die furchtbare Gefahr in sich habe, daß sie sich zum Zwecke der Existenzsicherung nach den Unkosten des Betriebes richte, der der Schwächste seiner Gruppe ist", daß sie „letzten Endes dem Nichttüchtigen ein nicht wesentlich schlechteres Dasein als dem Tüchtigen garantiert", und daß sie „eine ungeheure Gefahr für die Leistungsfähigeren der deutschen Wirtschaft überhaupt" bedeute. Wo solche Gefahren bestehen, kann ein richtig verstandenes nationalsozialistisches Recht solche Preisbindungen niemals mit der Begründung schützen, der Verkäufer könne grundsätzlich seine Preise nach Belieben bestimmen!

Unzutreffend und übrigens in dieser allgemeinen Form auch formalrechtlich falsch ist auch der Satz, daß der Hersteller den Abnehmerkreis einer Ware festlegen kann. Denn nach § 9 KartVO. dürfen bekanntlich zum mindesten dort, wo es sich um Kartelle handelt, Sperren nicht verhängt werden; und der Ausschluß eines bestimmten Personenkreises von der Belieferung, den Baumbach zulassen und durch das Recht schützen will, ist als Sperre anzusehen (vgl. Kartellgerichtsgutachten E 118). Auf Grund des § 9 kann also zum mindesten der einem Kartell angehörende Produzent oder Händler nicht den Abnehmerkreis seiner Ware willkürlich festsetzen. Ganz abgesehen davon ist aber auch grundsätzlich nach richtiger Auffassung dieses Recht beschränkt. Denn Zweck jeder volkswirtschaftlichen Betätigung ist primär und volkswirtschaftlich betrachtet die Bedarfsdeckung der Volksgemeinschaft, die durch Festlegung und Einschränkung des Abnehmerkreises gefährdet werden kann. Es geht wie gesagt nicht an, diesen von Baumbach als „denkbar" bezeichneten Fall bei einer grundsätzlichen Untersuchung „außer Betracht" zu lassen.

Nur auf diesen Grundlagen läßt sich auch die eigentliche Frage lösen, die Baumbach untersucht, ob nämlich die gesamte Gruppe des ambulanten Gewerbes zu Recht von dem Bezug von Markenware ausgeschlossen werden darf oder nicht. Baumbach vertritt den Standpunkt, daß jeder Hersteller „das gute Recht habe, bestimmten Kreisen allein das Geschäft und den Verdienst zuzuweisen", ein in dieser Formulierung fraglos äußerst bedenklicher Satz, der wieder das Eigeninteresse des Herstellers der Allgemeinheit voraussetzt. Das KG. dagegen sieht die Verschaffung von Markenware durch Markthändler unter der Voraussetzung, daß der Markthändler dann nicht etwa schleudert, als Wirtschaftskampfmittel als zulässig an, weil der Markthändler ein ebenso vom Gesetz anerkannter Händler ist wie andere auch; es stellt diese Entscheidung dabei auf die Bedarfsdeckung ab, d. h. den Bedarf weiter Kreise des Volkes, die beim Markthändler zu kaufen pflegen, eine Entscheidung, die zum mindesten keineswegs so unhaltbar ist, wie Baumbach sie hinstellt. Es ist hier nicht der Ort, erschöpfend zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

[1]) Dr. Carl Schmitt, über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg, S. 39.

Festgehalten werden muß lediglich, daß bei allen diesen Erwägungen nicht von privatwirtschaftlicher Seite, sondern von volkswirtschaftlicher auszugehen ist und daß nur so die richtige Lösung gefunden werden kann, die übrigens entsprechend dem dynamischen Charakter unseres Rechtes keineswegs in allen Fällen die gleiche zu sein braucht.

Es wäre trotz der zweifellos interessanten und wichtigen Ausführungen der Schrift doch notwendig gewesen, wenn der Verf. auch bei der Behandlung des Schleichbezuges von diesen Grundlagen ausgegangen wäre.

RA. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

GerAss. Dr. jur. **Kraegeloh: Das Gesetz über Kleinrentnerhilfe vom 5. Juli 1934** nebst den Durchführungsgrundsätzen des Reichsarbeitsministers und des Reichsinnenministers vom 23. August 1934 und vom 2. Januar 1935. Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage. Staßfurt 1935. Otto Berger Verlag G. m. b. H. Preis brosch. 2 *RM*.

Wenige Monate nach dem Erscheinen der ersten Auflage des Kommentars erscheint die zweite, und zwar als tatsächlich vermehrte und verbesserte Auflage. Der Verfasser weist in seinem Vorworte darauf hin, daß er das gesamte, in dem kurzen Zeitraum seit der Herausgabe der ersten Auflage erschienene Schrifttum amtlicher und nichtamtlicher Natur berücksichtigt und die vielen Anfragen, die ihn erreichten, verarbeitet habe. Er hat deshalb recht, wenn er, der übrigens gar nicht davor zurückschreckt, eine früher vertretene Ansicht zu korrigieren, zu dem Ergebnis kommt, daß die zweite Auflage als ein wesentlich erweitertes — und seinem Inhalt nach in vielfacher Beziehung neues — Werk anzusprechen ist. Alles das, was früher schon als Vorzug der ersten Auflage anerkannt ist, gilt für die zweite Auflage, deren Sachregister gleichfalls eine Erweiterung gefunden hat. Die geringe Preiserhöhung von 1,80 *RM* auf 2 *RM* ist sachentsprechend und durchaus verständlich.

RA. Fuisting, Schweidnitz.

Der Große Brockhaus. 15. Auflage. Neunzehnter Band Tou — Wann. Leipzig 1934. F. A. Brockhaus.

Wie reichhaltig der Große Brockhaus ist, läßt sich wohl kaum besser zeigen als durch Hinweise darauf und Beweise dafür, daß er auch für den Durchschnittskenner eines Gebietes eben für dies Gebiet noch neue Ausschlüsse gibt, die dem gewöhnlichen Fachgenossen nicht nur unbekannt sind, sondern auch aus den Büchern einer kleinen Privatbibliothek nicht festgestellt werden können. Früher wurde schon mehrfach der trefflichen Fachartikel entlegener Teile des deutschen Rechts gedacht, bei denen manchmal der Inhalt, fast stets aber die Schrifttumsnachweise dem nicht spezialisierten Juristen wertvolle Hilfen bieten (vgl. im 19. Band dahin gehörend etwa die Stichworte Trust und Versicherungswesen). Im vorliegenden Band sind besonders die Angaben über das Rechtssystem der behandelten Länder zu erwähnen. Die Angaben über das ungarische, tschechoslowakische und nordamerikanische Recht z. B. reichen immerhin aus, um einem Praktiker zu zeigen, wo er weiter zu suchen hat und ob eine Untersuchung ohne sachverständige Unterstützung Sinn haben mag. Wer diese Artikel gelesen, weiß z. B., daß er, ohne Tschechisch zu verstehen, das im größten Teile der Tschechoslowakei geltende bürgerliche Gesetzbuch lesen kann, da dort das österreichische ABGB. gilt, und weiter wird er es unterlassen, bei mehreren Bibliotheken mit naiver Hartnäckigkeit das ungarische oder nordamerikanische BGB. anzufordern! Selbst der Rechtszustand in Tunesien und Transjordanien wird angedeutet. Es kann für den Anwalt schon von großem Nutzen sein zu wissen, daß für den in Tunis lebenden Deutschen französisches Recht gilt, während für die Eingeborenen dort (in der Hauptsache) islamisches Recht gilt und daß entsprechend verschiedene Gerichte zur Rechtsprechung berufen sind.

In Anbetracht der in diesem Bande wie in den früheren immer wieder festzustellenden Reichhaltigkeit auch des Bildmaterials enttäuschen die Uniformtafeln etwas; die Uniformen sind wegen der Kleinheit der Wiedergabe schwer zu unterscheiden.

AR. und LR. Dr. Karl Arndt, Berlin.

Dr. **Joachim-Hans Schreiber: Die deutschen Kolonien**, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung als Mandate des Völkerbundes. (Völkerrechtsfragen, Sammlung von Vorträgen und Studien, 43. Heft.) Berlin und Bonn 1935. Ferd. Dümmlers Verlag. Preis kart. 6,50 *RM*.

Die Schrift ist eine Spezialstudie aus dem großen Stoffgebiet des Friedensdiktats von Versailles. Dieses Diktat hat ja bekanntlich neben der berüchtigten Kriegsschuldlüge auch eine Kolonialschuldlüge aufgestellt, um mit ihr den Raub der deutschen Kolonien moralisch zu bemänteln.

Das vorliegende Buch ist eine zutreffende Widerlegung der erwähnten Kolonialschuldlüge des Versailler Diktats. Es beschränkt sich nicht nur darauf, die Stellung der deutschen Kolonien vor und nach dem Diktat von Versailles juristisch zu präzisieren, sondern bringt auch eine Fülle wertvollen historischen Materials. Der Verf. erörtert zunächst (I. Abschnitt) das Schicksal der deutschen Kolonien vor dem Kriege, also ihren Erwerb durch Deutschland, die auf sie bezüglichen internationalen Abmachungen, insbes. die Kongoakte, und ferner die Rechtsnatur, die den deutschen Schutzgebieten z. Z. ihrer Zugehörigkeit zum Deutschen Reich zuzusprechen war. Anschließend (II. Abschnitt) schildert der Verf. das Schicksal der deutschen Kolonien während des Weltkrieges, um sodann (III. Abschnitt) das Schicksal der deutschen Kolonien nach dem Weltkrieg darzulegen. In den Rahmen dieses Abschnittes fällt die vom Verf. vorgenommene sorgfältige Prüfung der einschlägigen Bestimmungen des Diktats von Versailles, auf Grund deren der Verf. sodann die Rechtsnatur der deutschen Kolonien als Mandate des Völkerbundes untersucht. Von besonderem Interesse sind die Folgerungen, die der Verf. aus seiner Untersuchung für die Frage der Beendigung der Mandate zieht. Unter der Voraussetzung, daß man das Institut des Mandats nicht einfach als einen trügerischen Euphemismus zu betrachten hat (vgl. Rolin, vom Verf. auf S. 53 zitiert: „Notre age démocratique aime les euphémismes"), können die Ausführungen des Verf. dem deutschen Standpunkt wertvolle Dienste leisten.

Es ist vor allem ein Verdienst der vorliegenden Schrift, daß sie das gesamte einschlägige Material zusammenträgt und verwertet, um zu zeigen, daß Deutschlands kolonisatorische Fähigkeiten zu Unrecht herabgesetzt worden sind. In Widerlegung der Kolonialschuldlüge von Versailles zeigt der Verf. vor allem im IV. Abschnitt seiner Schrift, daß die deutschen Kolonien unter der Mandatsherrschaft in jeder Hinsicht bedeutend unter das erfreuliche Niveau herabgesunken sind, das sie vor dem Kriege unter der Schutzherrschaft Deutschlands erreicht hatten.

Die eigenen sorgfältigen Erörterungen des Verf. werden im Anhang noch durch den Abdruck wichtiger Urkunden und sonstigen Materials für jeden Interessenten fruchtbar gemacht.

RA. Reuß, Berlin.

Prof. **Ennio Ronchi: Das erste Jahrzehnt der Wirtschafts- und Finanzpolitik des Faschismus in Italien.** Übersetzt von Dr. Elli Lindner. Berlin 1934. Verlag Franz Vahlen. Preis 4 *RM*.

Der Ablauf des ersten Jahrzehnts des faschistischen Regimes hat in Italien verständlicherweise Anlaß gegeben, in allen Zweigen des öffentlichen Lebens eine Rückschau auf das in diesem Zeitabschnitt Erreichte zu tun. So hat Prof. Ronchi, Ministerialbeamter und nebenberuflich Dozent an der Universität Rom, es sich in dem in einer zuverlässigen und flüssigen Übersetzung vorliegenden Buche zur Aufgabe gesetzt, die Erfolge der Staatsführung Mussolinis auf den verschiedenen Gebieten des italienischen Wirtschaftslebens aufzuweisen. In den einzelnen Abhandlungen schildert der Verf. zunächst kurz den Zustand, den der Faschismus bei der Machtübernahme vorfand, um dann unter weitgehender Verwendung statistischer Daten die erzielten Fortschritte darzustellen.

So erkennt man, wie auch im neuen Italien die Förderung der landwirtschaftlichen Erzeugung als eine der vordringlichen Aufgaben angesehen wurde, um nicht nur zugunsten der Handelsbilanz, sondern auch im Interesse der Landesverteidigung unabhängig vom Ausland zu werden. Dazu kamen bevölkerungspolitische Gesichtspunkte, die zu einem umfassenden Plan von Bauernsiedlungen im Mutterland und in den Kolonien führten.

Die Arbeitslosigkeit ist auch in Italien zu einem schweren Problem geworden. Neben behördlichen Eingriffen zur Regulierung der Binnenwanderung sah der Staat sich genötigt, selbst als Arbeitgeber größten Stils aufzutreten; man schritt auch dort zum Bau von Autostraßen, zu großzügigen Arbeiten der Urbarmachung und Aufforstung.

Eine besondere Fürsorge wurde dem Transportwesen zuteil. Die Staatsbahnen wurden reorganisiert und technisch vervollkommnet. Mit der Entwicklung des Kraftverkehrs auf dem Lande, zur See und in der Luft wurde nicht zuletzt aus militärischen Rücksichten die Frage der Treibstoffversorgung dringend; der Staat nahm sich daher der Organisation dieses Wirtschaftszweiges besonders an.

Ein Staatskommissariat wurde auch für die Angelegenheiten der Fremdenindustrie errichtet. Daneben betreibt die faschistische Regierung die Erschließung Italiens für die eigenen Volksgenossen durch planmäßige Veranstaltung billiger Massenfahrten.

Die Angaben Ronchis über die Entwicklung einzelner Produktionszweige lassen erkennen, wie weit die Industrialisierung

Italiens nach dem Weltkrieg besonders auf dem Gebiet der Elektrizität und der Chemie, der Kunstseide und der Zuckererzeugung fortgeschritten ist.

Die Aufhebung der Binnenzölle brachte dem Handel einen fühlbaren Auftrieb. Ferner gab die korporative Erfassung des Handelsstandes der Regierung ein wirksames Mittel, nicht nur auf seine technische, sondern auch auf seine moralische Vervollkommnung hinzuwirken.

Auch in Italien wurde eine Sanierung von Großbanken notwendig, nachdem das ganze Kreditwesen durch die Folgen des Weltkrieges in Zerrüttung geraten war. Im Verlauf der Konzentrationsbestrebungen wurde ein Zentralinstitut für den Mobiliarkredit geschaffen und die Notenemission vereinheitlicht. Schließlich geht der Verf. noch auf die finanzpolitischen Maßnahmen ein, die zur Sicherung der Stabilität der Lira, zur Konsolidierung der Staatsschuld und zur Herbeiführung eines Ausgleichs im Staatshaushalt getroffen worden sind.

Bei dieser Fülle der in Betracht gezogenen Themen ist es selbstverständlich, daß ihre Behandlung angesichts des Rahmens des Buches nur die Form einer Übersicht haben kann. Eine genauere Darlegung und kritische Erörterung der auf den einzelnen Gebieten verfolgten wirtschaftspolitischen Grundsätze und der praktisch angewandten Methoden darf man daher nicht erwarten. Als Ersatz gewissermaßen gibt der Verf. in einem allgemeinen Abschnitt eine kurze Zusammenstellung der Leitgedanken der faschistischen Wirtschaftsauffassung, besonders über das Verhältnis zwischen korporativer Wirtschaftsordnung und Privatinitiative, die Ablehnung einer Sozialisierung, die Bewertung des Kapitalismus und die Regelung des Arbeitslohnes. Ferner sind den einzelnen Kapiteln Quellennachweise beigegeben, die allerdings außerhalb Italiens nur beschränkt verwertbar sein werden, da sie in erheblichem Umfange auf Zeitungsaufsätze und Parlamentsberichte verweisen.

OLGR. Dr. Roehrbein, Köln.

Prof. Sergio Panunzio: Allgemeine Theorie des faschistischen Staates. Aus dem Italienischen übersetzt von Priv.-Doz. Dr. Harald Fick, Jena. Berlin und Leipzig 1934. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 6 RM.

Das Werk ist klar und einfach geschrieben. Es gibt eine gute Einführung in die Struktur des faschistischen Staates. Zugleich gewährt es einen Einblick in die Eigenart der faschistischen Staatslehre. Sehr klar tritt dabei der Unterschied zwischen Faschismus und Nationalsozialismus zutage.

Der universalistische Zug des Faschismus wird deutlich: er ist nicht nur die für Italien gültige politische Idee, sondern bietet „den in Bewegung befindlichen, verwirrten, auf Ordnung und Formung wartenden Völkern das bestgelungene und vollständige Vorbild" (S. 47). Er ist die Idee des Jahrhunderts (vgl. S. 67 unten). Diese allgemeingültige Idee des Faschismus stellt Panunzio in dem ersten Teil seines Werkes dar. Der italienische Staat der Gegenwart, dem er den zweiten Teil widmet, erscheint demgegenüber mehr als ihre erste und vollständigste konkrete Ausformung. Panunzio betont zwar die Originalität der faschistischen Idee (z. B. S. 46 oben), kennzeichnet sie aber gleichzeitig als die „revolutionär-konservative" (S. 18) „Synthese zwischen Syndikalismus und Nationalismus" (S. 22). Nach dem bekannten Zitat Mussolinis (S. 43) ist die originäre Schöpfung der faschistischen Revolution der korporative Staat, d. h. der Staat, „der die wirtschaftlichen Kräfte koordiniert und in Harmonie bringt, jene Kräfte, die Liberalismus und Sozialismus sich ungestraft hatten austoben lassen". Damit ist der Pluralismus der Klassen, das politische Zentralproblem des ausgehenden 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts, nicht aufgehoben, sondern nur durch eine autoritäre Harmonie als Staat überbrückt. In den Syndikaten stehen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer in getrennten Säulen gegenüber. Darüber erheben sich als Überbau unter autoritärer Führung des Staates die Korporationen. Der Staat hat die Stellung eines Schlichters, ist neutralisierende Autorität. Nötigenfalls zwingt er die widerstreitenden Interessen zueinander, durch diesen Widerstreit ist er begrifflich bedingt. Daraus ergibt sich die für den Faschismus kennzeichnende Überbetonung des Staates (vgl. S. 15, 53). Das Volk, die auf Blut und Rasse beruhende unmittelbare Gemeinschaft des Seins, der Hauptfaktor des nationalsozialistischen Staatslebens, bleibt eine sekundäre Erscheinung. Es ist nichts anderes als die „Gesamtheit der Staatsbürger" (S. 38).

Bedeutsam für die Erkenntnis der Eigenart der faschistischen Staatslehre ist der Staatsbegriff, dessen sie sich bedient. Ein neuer Staatsbegriff wird nicht geprägt. Panunzio fügt zwar den landläufigen Elementen der überkommenen Definition des Staates (Volk — Gebiet — Herrschaft) ein viertes hinzu, die Syndikats- und Korporativverfassung (S. 20). Daß er aber im Grunde den alten liberalen Staatsbegriff übernimmt, zeigt sich in seiner Stellungnahme zu den Fragen „Gewaltenteilung" und „Rechtsstaat". Der faschistische Staat kennt die Gewaltenteilung. Weil er diese alte liberal-rechtsstaatliche Forderung erfüllt, ist er ein „Rechtsstaat", denn „die Eigentümlichkeit des rechtlichen Staates liegt doch in der Pluralität und Unterscheidung der Organe" (vgl. S. 56, insbes. Anm. 1).

Charakteristisch für die faschistische Staatslehre überhaupt ist ferner Panunzios Stellungnahme zu Hegel (S. 25 ff.). Er fußt sehr stark auf ihm. Darin zeigt sich eine geistige Situation, auf deren Bedenklichkeit nicht deutlich genug hingewiesen werden kann: Der Faschismus hat sich Hegels bemächtigt, speist wesentlich mit seinen Gedanken die Quellen seiner Staatslehre und bildet ihn gleichzeitig weiter (S. 27), ohne den Kerngehalt seiner Lehre zu sehen, der in Volksgeist und politischem Volk liegt, in dessen Totalität sich auch der Staat als politische Ordnung neben Ständen und Familie einordnet. Die Unmittelbarkeit der völkischen Gemeinschaft und Totalität, die bei ihm keineswegs nur Staat ist, wird im Faschismus nicht erfaßt. Wir hingegen sind heute überhaupt nicht mehr im geistigen Besitz Hegels, sondern verzichten einfach auf ihn, teils aus Unkenntnis, teils weil wir ihn durch die Brille des 19. Jahrhunderts sehen.

Prof. Dr. Ritterbusch, Königsberg.

Lea Meriggi: Faschismus und Recht. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Nr. 5.) Berlin u. Leipzig 1935. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 1,80 RM.

Die Schrift enthält den Vortrag, den die bekannte italienische Rechtslehrerin am 29. Jan. 1934 mit großem Erfolg vor der Akademie für Deutsches Recht gehalten hat. Sie gibt einen trefflichen Einblick in alle das Verhältnis des Faschismus zum Recht berührende Fragen.

Die Verf. erkennt in der Gerechtigkeit und in der Autorität die beiden Grundprinzipien der faschistischen Lehre. Auf ihnen beruht die radikale Neuordnung, die die faschistische Revolution dem gesamten nationalen Leben Italiens gegeben hat. Beide Prinzipien sind daher — wie im einzelnen in sehr interessanter Weise an Hand der bis in die jüngste Zeit angeführten Gesetzgebung dargelegt wird — ebenso im Staatsaufbau wie in der wirtschaftlich-ständischen Sphäre des nationalen Daseins zur Herrschaft gebracht worden. „Der Faschismus hat eine neue Rechtsordnung geschaffen, in der jede Klasse ihre genau umschriebene Aufgabe hat, wenn auch der Überlieferung entsprechend, doch eng verbunden mit dem Staat und ihm untergeordnet ist, und damit von Grund aus nicht das Verhältnis einer Klasse zur anderen wie früher, sondern das Verhältnis aller Klassen zum Staate geändert. Das ist der rechtsgestaltende Charakter des Faschismus, der seine Grundlage hat in dem höchsten und leuchtendsten Grundsatz der Gerechtigkeit, den unsere Zeit gestalten konnte" (S. 18).

Die beiden Prinzipien Gerechtigkeit und Autorität beherrschen auch die Stellung des Faschismus zu Völkerrecht und äußerer Politik. Der Sinn der faschistischen Außenpolitik liegt darin, die Störungen in dem Zusammenleben der Völker zu überwinden, indem die Prinzipien Autorität und Gerechtigkeit im zwischenstaatlichen Leben ebenfalls zur Geltung gebracht werden. Aus dieser Zielsetzung ergeben sich mit Notwendigkeit die bekannte Stellungnahme der faschistischen Regierung zur Revision der Friedensverträge zur Abrüstungsfrage und zur Reform des Völkerbundes, die der italienischen Außenpolitik so lange ihr charakteristisches Gepräge gegeben hat. Verf. ist der Auffassung, daß diese Politik, die ihren zusammenfassenden Ausdruck im Viererpakt gefunden habe, im Wesen des faschistischen Staatsgedankens begründet ist.

Die Verf. schließt, indem sie die innere Verbundenheit zwischen der faschistischen und der nationalsozialistischen Bewegung betont. „Wenn die höchste Weisheit, die die Geschichte des Alls lenkt, gewollt hat, daß in diesem für die Geschichte der Völker so entscheidenden Zeitpunkt Deutschland und Italien dank einem einzigartigen Zusammentreffen von Männern, Verhältnissen und Gedanken sich gefunden haben, um gemeinsam mit ihrer erneuernden Kraft wie in einem wunderbaren Geistesfrühling den Weg der Kultur zu wandern, ist dies ein Zeichen des höchsten göttlichen Willens, das nicht vergessen oder gering geachtet werden sollte" (S. 60).

Die kleine Schrift bietet eine Fülle von Anregungen. Ihr besonderer Reiz liegt darin, daß allenthalben das warme Gefühl und die edele Begeisterung der Verf. zu spüren ist. Die Darstellung gewinnt dadurch ungemein an Anschaulichkeit und Überzeugungskraft.

Ass. Dr. Karl Schilling, Duisburg.

Eingegangene Bücher

Dr. Wilhelm Albrecht, ORegR. in Berlin: Neues Gemeinderecht. 1. Aufl., 1.—5. Tausend. (Neugestaltung von Recht und Wirtschaft. Hrsg. von C. Schaeffer, OLGR. i. R., Mitglied der Akademie für Deutsches Recht. 13. Heft, 4. Teil.) Leipzig 1935. Schaeffer Verlag, C. L. Hirschfeld. Preis kart. 1,50 RM.

Rechtsprechung

Reichsgericht: Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser und Huber

1. § 185 BGB. **Der Inhaber eines Rechtes kann einen anderen zur Geltendmachung des Rechtes im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten des Ermächtigten gem. § 185 BGB. dann ermächtigen, wenn ein eigenes Rechtsschutzinteresse des Ermächtigten an der gerichtlichen Geltendmachung des Rechtes besteht. Die Klage kann auch darauf gerichtet sein, daß die Leistung zugunsten des Ermächtigenden, des Inhabers des Rechtes, erfolgt; vgl. RGZ. 91, 390; 133, 234 = JW. 1932, 397; RG.: JW. 1926, 252[8] (letztere mit ablehnender Anm.; der dort gegebene Hinweis darauf, daß der frühere Inhaber des Rechtes sich dieses wieder abtreten lassen könne, würde zwar den Bedürfnissen des früheren Inhabers dienen, dem neuen Inhaber aber namentlich dann, wenn es sich um einen Zahlungsanspruch handelt, keine volle Gewähr dafür bieten, daß nur an ihn geleistet wird).**

(U. v. 5. Febr. 1935; II 289/34. — Dresden.) [v. B.]

*

2. § 242 BGB. **Der Rechtsbegriff der Verwirkung kann bei Beamtenansprüchen überhaupt keine Anwendung finden. Dies ist in der Senatsentsch. RGZ. 124, 232 = JW. 1929, 2334 grundsätzlich zwar nur für die verspätete Geltendmachung eines Aufwertungsanspruchs ausgesprochen, es hat aber Geltung auch für sonstige öffentlich-rechtliche Ansprüche, namentlich Gehaltsansprüche von Beamten gegenüber dem Staat und öffentlich-rechtlichen Körperschaften.**

(U. v. 8. Febr. 1935; III 167/34. — Breslau.) [v. B.]

*

****3.** § 839 BGB. **Ursächlicher Zusammenhang zwischen schädigendem Verhalten, das in einem Unterlassen besteht, und dem eingetretenen Erfolg. Wäre der Erfolg auch dann eingetreten, wenn das unterbliebene Tun geschehen wäre, so kann die Unterlassung hinweggedacht werden, ohne daß der schädliche Erfolg entfiele, und es entfällt damit die Ursächlichkeit der Unterlassung. Prüfung des Kausalverlaufs.**

Am 18. Dez. 1929 hat der Bekl. als Notar einen Vertrag zwischen dem Kl. und dem Landwirt Emil S. beurkundet, in dem S. dem Kl. für einen Preis von 4000 RM einen Dreschsatz verkauft hat. Die verkauften Gegenstände befanden sich zur Zeit des Vertragsschlusses auf einem Grundstück, das dem S. von seiner Mutter gegen Bestellung eines Altenteils überlassen worden war. In dem Vertrag v. 18. Dez. 1929 ist ausgemacht, daß die Übergabe am Tage des Vertragsschlusses stattgefunden, der Kl. aber dem Verkäufer gestattet habe, die verkauften Gegenstände, solange sie auf seinem Grundstück ständen, unentgeltlich zu benutzen. Das Grundstück des S. ist später unter Zwangsverwaltung gestellt worden und dann auch zur Zwangsversteigerung gelangt. Der Zuschlag wurde der Mutter des S. erteilt. In diesem Verfahren hat der Kl. der Zwangsvollstreckung in den Dreschsatz widersprochen, ist aber mit seiner Widerspruchsklage rechtskräftig abgewiesen worden, weil die Beschlagnahme des Grundstücks sich auf den Dreschsatz, der beim Verkauf an den Kl. vom Grundstück nicht entfernt worden sei, miterstreckt habe.

Mit der Klage verlangt der Kl. von dem Bekl. den Ersatz des ihm durch den Verlust des Dreschsatzes entstandenen Schadens, weil dieser es schuldhaft unterlassen habe, ihn darüber zu belehren, daß der Dreschsatz von der Haftung für die Hypothekenschulden nur dann frei werden könne, wenn er von dem Grundstück entfernt werde, und behauptet, daß er im Fall einer ordnungsmäßigen Belehrung den Dreschsatz rechtzeitig in seinen Gewahrsam genommen haben würde. Er habe dem S. 2000 RM bereits vor dem Vertragsschlusse gegeben gehabt und weitere 2000 RM nachher noch gegeben und sei, da er das haftungsfreie Eigentum an den verkauften Gegenständen nicht erworben habe, seiner Sicherheit für das hingegebene Geld verlustig gegangen.

Das LG. hat den Bekl. nach dem Klagantrag verurteilt, das OLG. hat die Klage abgewiesen.

Nach den Feststellungen des BG. hat der Bekl. schuldhaft gegen seine Amtspflicht als Notar verstoßen, indem er es beim Vertragsschluß am 18. Dez. 1929 unterließ, die Parteien darüber zu belehren, daß der Kl. ein von den Grundstückspfandrechten freies Eigentum an dem Dreschsatz nur erwerben könne, wenn dieser von dem Grundstück entfernt werde, und daß hierfür weder die bloße Veräußerung noch eine Veräußerung in Verbindung mit der Vereinbarung eines Besitzvermittlungsverhältnisses (§ 930 BGB.) genüge. Das BG. hat trotzdem die Haftung des Bekl. für den Schaden des Kl. nicht als begründet angesehen, weil der Kl. auch im Falle zutreffender Belehrung durch den Bekl. haftungsfreies Eigentum an dem Dreschsatz nicht erworben haben würde. Es verneint damit den ursächlichen Zusammenhang zwischen der schädigenden Unterlassung und dem eingetretenen Erfolg mit der Begr., daß derselbe Erfolg auch ohne das Zutun des Bekl. in anderer Weise eingetreten wäre. Die darin zum Ausdruck gelangte Rechtsauffassung des BG. ist jedenfalls, wenn, wie hier, das schädigende Verhalten in einem Unterlassen besteht, unbedenklich. Denn gegenüber einem Unterlassen gibt es — anders als wenn das schädigende Verhalten in einem positiven Tun besteht — denkgesetzlich nur eine einzige andere Möglichkeit, nämlich das Nichtunterlassen, d. h. das unterbliebene Tun. Wäre der Erfolg aber auch dann eingetreten, wenn das unterbliebene Tun geschehen wäre, so kann die Unterlassung hinweggedacht werden, ohne daß der schädliche Erfolg entfiele, und es entfällt damit die Ursächlichkeit der Unterlassung. Ist hiernach grundsätzlich der Gedankengang des angef. Urt. in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden, so hat das BG. seiner Prüfung im vorl. Fall mit Recht die Frage zugrunde gelegt, ob der schädigende Erfolg auch dann eingetreten wäre, wenn der Bekl. die Parteien in der erforderlichen Weise belehrt hätte. Es hätten sich dann drei Möglichkeiten ergeben. Entweder hätten die Parteien auf die Belehrung hin den Vertrag überhaupt nicht geschlossen und der Kl. hätte keine oder eine andere Sicherheit erlangt. Das scheidet nach den Feststellungen des BG. aus. Oder die Parteien hätten den Vertrag in der gleichen Weise geschlossen, wie sie es ohne Belehrung getan haben. Diesen Fall scheint das BG. im Auge zu haben, wenn es ausführt, die Parteien hätten dann den Vertrag bei einem anderen Notar geschlossen. Diese Annahme ist reichlich unklar. Denn wenn der Bekl. die Beurkundung des Vertrags abgelehnt hätte, weil der Vertragszweck auf die von den Parteien ungeachtet der Belehrung gewollte Weise nicht zu verwirklichen war, so hätte jeder andere Notar ebenso handeln müssen. Die Rev. übersieht, daß die notarielle Beurkundung des Vertrags bei der gegebenen Rechtslage nicht erforderlich war, und daß die Parteien daher den Vertrag in Nichtachtung der Belehrung auch

ohne die Einhaltung dieser Form hätten schließen können. Daß solchenfalls die Amtspflichtverletzung des Bekl. nicht von ursächlicher Bedeutung für den Schaden sein könnte, steht außer Zweifel (vgl. RGZ. 101, 155). Die letzte Möglichkeit ist schließlich die, daß die Parteien den Vertrag „in der Weise ausgeführt hätten, daß ‚der verkaufte Dreschsatz tatsächlich von dem Grundstück des Emil S. entfernt wurde'", richtiger: in der Weise geschlossen hätten, daß der verkaufte Dreschsatz tatsächlich von dem Grundstücke entfernt werden sollte. Für diesen Fall nimmt das BG. an, daß der Erwerb haftungsfreien Eigentums nicht eingetreten wäre, weil entweder die Entfernung der verkauften Gegenstände von dem Grundstück durch die Mutter S. verhindert worden wäre oder doch ein ihr gegenüber wirksamer Erwerb des Eigentums auch im Falle der Entfernung nicht hätte stattfinden können.

Das BG. begründet diese Annahme damit, daß der Veräußerung des Dreschsatzes die für die Mutter S. erlassene EinstwVfg. v. 22. Okt. 1929 entgegengestanden habe (§§ 136, 135 BGB.), durch die dem Antragsgegner Emil S. unter Androhung einer Ordnungsstrafe neben anderem aufgegeben war, den Verkauf von Inventar der — damals noch — der Mutter S. gehörigen Grundstücke zu unterlassen. Es kommt zu diesem Ergebnis, obgleich ein Beschl. des AG. vom 7. Nov. 1929 ergangen ist, durch den die EinstwVfg. aufgehoben wurde, nachdem die Parteien sich über die EinstwVfg. in dem Sinne verglichen hatten, daß einerseits Emil S. sich verpflichtete, die zu dem Grundstück gehörigen Maschinen weder zu verkaufen noch zu vertauschen, insbes. die Pfändung und Versteigerung der Maschinen zu verhindern und von dem anderen Inventar nur das überzählige zu verkaufen, während andererseits die Mutter S. die EinstwVfg. zurücknahm. Das BG. meint dazu, der Aufhebungsbeschluß habe keine Wirkung äußern können, da bei der gegebenen Prozeßlage die Aufhebung der EinstwVfg. nicht durch schriftlichen Beschluß, sondern nur durch Erlaß eines Urteils hätte erfolgen dürfen, nachdem auf den Widerspruch des Sohnes S. bereits Termin zur mündlichen Verhandlung angeordnet gewesen sei und die Mutter S. angesichts des vergleichswidrigen Verhaltens ihres Sohnes von der noch in Geltung gebliebenen EinstwVfg. hätte Gebrauch machen können, um die Ausführung des Vertrags v. 18. Dez. 1929 zu verhindern, ohne aus dem Vergleich den Einwand der Arglist befürchten zu müssen.

Es trifft nicht zu, daß das AG. im vorl. Falle über die Aufhebung der EinstwVfg. durch Endurteil hätte entscheiden können oder müssen. Die EinstwVfg. war vom AG. auf Grund seiner durch § 942 ZPO. begründeten ausnahmsweisen Zuständigkeit erlassen worden. In diesem Fall ist aber über die Anordnung und ebenso über die Aufhebung der EinstwVfg., soweit sie nach § 942 Abs. 3 ZPO. durch das AG. erfolgen kann, auch dann, wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, nur durch Beschluß zu entscheiden. Eine Entsch. durch Endurteil ist unzulässig (vgl. RGZ. 13, 324). Nun hatte zwar im vorl. Falle der Antragsgegner Widerspruch erhoben, und das AG. hatte hierüber Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt. Allein, das durch den Widerspruch des Antragsgegners einzuleitende sog. Rechtfertigungsverfahren hätte vor dem AG. überhaupt nicht stattfinden dürfen, da hierfür nach § 942 Abs. 1 ZPO. ausschließlich (§ 802 ZPO.) das Gericht der Hauptsache, das ist hier unzweifelhaft das LG., zuständig gewesen wäre. Das AG. mußte diesen Mangel seiner Zuständigkeit von Amts wegen berücksichtigen, und es hätte demnach entgegen der Ansicht des BG. zu einer Entsch. über den „Widerspruch" und daher auch zu einer aufhebenden Entsch. durch Endurteil niemals kommen können.

Nun hat die Mutter S. in dem Vergleich v. 7. Nov. 1929 gegenüber den von ihrem Sohn übernommenen Verpflichtungen die EinstwVfg. zurückgenommen. Der Inhalt dieses Vergleichs kann nach seinem Zusammenhang und seinem Zweck nur dahin verstanden werden, daß nach dem Willen der Parteien die EinstwVfg. vollständig aufgehoben und durch eine besondere Vereinbarung der Parteien ersetzt werden sollte. Die Mutter S. hat hiernach auf ihre Rechte aus der EinstwVfg. verzichtet, und ihr Sohn hat als Vertragsgegner diesen Verzicht angenommen. Ein solcher Verzicht ist wirksam. Denn gegenüber der ausschließlich zu ihrem Schutz erlassenen EinstwVfg. stand der Mutter S. eine Verfügungsbefugnis jedenfalls dahin zu, daß sie sich dieses Schutzes begeben konnte. Ob die EinstwVfg. mit diesem Verzicht, wie vielfach angenommen wird — obgleich sie doch, wenn auch nur formell, noch vorhanden war —, ohne weiteres gegenstandslos geworden ist, so daß es ihrer ausdrücklichen Aufhebung durch das AG. gar nicht erst bedurfte und die Mutter S. davon keinesfalls mehr, insbes. auch dann nicht Gebrauch machen konnte, wenn ihr Sohn seinen in dem Vergleich übernommenen Verpflichtungen nicht nachkam, kann hier dahinstehen. Denn auch wenn man die Notwendigkeit einer förmlichen Aufhebung bejaht, so konnte sie im vorl. Falle jedenfalls durch einen Beschluß des AG. wirksam erfolgen. Eine solche Aufhebung durch Beschluß des AG. ist in § 942 Abs. 3 ZPO. zwar nur für den Fall vorgesehen, daß der Antragsgegner nach fruchtlosem Ablauf der dem Antragsteller nach Abs. 1 daselbst gesetzten Frist sie beantragt. Dem muß aber der Fall gleichgestellt werden, in dem der Antragsteller auf die EinstwVfg. verzichtet hat, weil dann auch schon vor Ablauf der Frist die Fruchtlosigkeit der Auflage feststeht. Den erforderlichen Antrag des Schuldners durfte das AG. ohne Rechtsirrtum in der unter Beifügung des Vergleichs erfolgten Mitteilung v. 7. Nov. 1929 finden. Keinesfalls aber durfte dieser Beschluß, auch wenn er unzulässigerweise ergangen wäre, vom BG. als nicht vorhanden beiseite geschoben werden, sofern er einmal rechtlich existent geworden war. Die Unwirksamkeit eines solchen wegen Fehlens prozessualer Voraussetzungen mangelhaften Beschlusses kann nicht schlechthin, sondern nur durch Anwendung der zugelassenen Rechtsbehelfe geltend gemacht werden, und das ist hier nicht geschehen. Nun ist allerdings die Zustellung des Beschlusses, von der seine rechtliche Existenz abhängt, im vorl. Falle bestritten, und es geht daher nicht an, die Tatsache der Zustellung deswegen, weil das BG. eine Feststellung hierüber nicht getroffen hat, zu unterstellen; es bedarf hierüber vielmehr noch einer Feststellung durch den Tatrichter.

Aus der EinstwVfg. kann hiernach nicht gefolgert werden, daß der Kl. ein gegenüber der Mutter S. wirksames Eigentum an dem Dreschsatz nicht hätte erwerben können. Allerdings hat sich Emil S. in dem Vergleich verpflichtet, die Maschinen nicht zu veräußern, und die Feststellungen des angef. Urt. ergeben auch, daß der Kl. die von Emil S. übernommene Verpflichtung gekannt hat; aber diese rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung des Emil S. konnte die rechtswirksame Veräußerung des Dreschsatzes an den Kl. nach § 137 BGB. nicht hindern.

Die Hilfserwägung des BG., die Mutter S. hätte jedenfalls auf Grund der Vereinbarungen mit ihrem Sohn in dem Vergleich sofort eine der früheren gleichlautende neue EinstwVfg. erwirken können und sei so jederzeit in der Lage gewesen, die Ausführung des Vertrages v. 18. Dez. 1929 zu verhindern, bekämpft die Rev. mit dem Einwand, daß solchenfalls der ursächliche Zusammenhang zwischen der Unterlassung und dem Eintritt des Schadens nicht ausgeschlossen wäre. Allerdings haben der 8. ZivSen.: RGZ. 141, 365 = JW. 1933, 2383 und der 5. ZivSen.: RGZ. 144, 80 = JW. 1934, 1564 [4] und 1904 [3] den Grundsatz ausgesprochen, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem Eintritt des Schadens nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß ohne die schädigende Handlung später durch ein anderes Ereignis derselbe Schaden verursacht worden wäre. Diesen Grundsatz hat auch der erk. Sen. in seiner Entsch. III 85/34 v. 5. Okt. 1934 anerkannt. Der Fall liegt aber hier anders. Unterstellt man, daß es der Mutter S. wirklich gelungen wäre, auf Grund des Vergleichs so rechtzeitig eine neue EinstwVfg. zu erwirken, daß sie die beabsichtigte Entfernung des Dreschsatzes von dem Grundstück verhindert hätte, so wäre gerade durch den Abschluß des Vertrages die Grundlage für den Erlaß der EinstwVfg. geschaffen worden, m. a. W.: Wenn der Kl. und der Sohn S. bei ge-

höriger Belehrung durch den Bekl. den Vertrag ordnungsmäßig geschlossen hätten, so wäre die Sach- und Rechtslage für den Kl. keine andere geworden als die durch den infolge der mangelhaften Belehrung seitens des Bekl. fehlerhaften Vertragsschluß entstandene. Denn in jedem Falle wäre die Entfernung des Dreschsatzes von dem Grundstücke nicht erfolgt und daher haftungsfreies Eigentum dem Kl. nicht verschafft worden. Daraus ergäbe sich aber, daß die Schadensursache nicht in dem Verhalten des Bekl., sondern in der unabhängig von diesem Verhalten auch bei ordnungsmäßigem Vertragsschluß bestehenden und gerade durch diesen sich ergebenden Sachlage zu suchen wäre. Es handelt sich also hier gar nicht darum, daß der Schaden „durch ein später eingetretenes anderes Ereignis" verursacht worden wäre, also nicht um einen der Fälle, die den Gegenstand der eben erwähnten Entsch. gebildet haben, sondern darum, daß die von vornherein auch ohne das schädigende Verhalten des Bekl. bestehende oder sich notwendig ergebende Unmöglichkeit der Verwirklichung des Vertragszwecks nachträglich sichtbar geworden ist. Zu dem gleichen Ergebnis führt übrigens auch § 249 BGB. Danach hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dieser Zustand könnte hier nur der sein, wie er im Falle eines ordnungsmäßigen Vertragsschlusses bestanden hätte. Da aber der Kl. auch in diesem Falle haftungsfreies Eigentum an den gekauften Gegenständen nicht erworben hätte, so würden sich seine wirtschaftliche Lage in Ansehung dieser Gegenstände und seine Vermögenslage überhaupt bei pflichtmäßigem Verhalten des Bekl. nicht anders gestaltet haben, wie sie sich so gestaltet haben. Anders wäre es natürlich, wenn etwa der Kl. im Falle eines ordnungsmäßigen Vertragsschlusses die noch von ihm zu zahlenden 2000 *RM* erst nach der Entfernung des Dreschsatzes von dem Grundstücke an den Sohn S. ausgezahlt hätte. Doch eine solche Annahme findet in dem Urteil keine Stütze. In Ansehung des Dreschsatzes entfiel hiernach die Haftungspflicht des Bekl. auch dann, wenn die Mutter S. die Entfernung von dem Grundstück mit Hilfe einer neuen EinstwVfg. verhindert hätte.

Das BG. hat aber bisher nicht schlüssig begründet, daß die Mutter S. die Entfernung des Dreschsatzes von dem Grundstück durch Erwirkung einer neuen EinstwVfg. hätte verhindern können. Selbst wenn die bloße Tatsache der Verletzung der in dem Vergleich übernommenen Verpflichtung, die Veräußerung der Maschinen zu unterlassen, ausgereicht hätte, gegen Emil S., dem das Grundstück inzwischen aufgelassen worden war, den Erlaß einer neuen EinstwVfg. zu rechtfertigen, so hätte doch die Mutter S. diese erst beantragen können, wenn die Veräußerung des Dreschsatzes erfolgt und zu ihrer Kenntnis gekommen war. Hierüber hat das BG. bisher keine Feststellung getroffen, und es ist im Hinblick auf die von der Rev. angezogene Aussage der Mutter S. bei ihrer Vernehmung, wonach sie von der Veräußerung erst im Januar 1930 erfahren hat, auch nicht möglich, die rechtzeitige Kenntniserlangung zu unterstellen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Entfernung des Dreschsatzes vom Grundstück, wenn der Bekl. den Kl. über deren Notwendigkeit richtig belehrt hätte, im Anschluß an den Vertragsschluß erfolgt und die neue EinstwVfg., auch wenn sie binnen kürzester Frist erlassen worden wäre, zu spät gekommen sein würde.

Nach den Feststellungen des Urteils ist das BG. zu der Überzeugung gelangt, daß dem Kl. die Verhältnisse zwischen dem Verkäufer Emil S. und seiner Mutter genau bekannt waren. Die Rev. meint zwar, daß das BG. zu dieser Überzeugung in einer verfahrensrechtlich anfechtbaren Weise gelangt sei. Unterstellt man aber einmal die Bösgläubigkeit des Kl., so wirft sich die vom BG. bisher nicht beantwortete Frage auf, ob nicht die Mutter S., wenn sie schon mit einer neuen EinstwVfg. zu spät gekommen wäre, von dem Kl. auf Grund unerlaubter Handlung wegen widerrechtlicher Verletzung ihrer Gläubigerrechte die Zurückschaffung des Dreschsatzes auf das Grundstück als Schadensersatz hätte fordern können und gefordert hätte. Träfe das zu, so müßte die Ursächlichkeit des schuldhaften Verhaltens des Bekl. für den schädlichen Erfolg in gleicher Weise verneint werden, wie das oben bereits für den Fall der Verhinderung der Entfernung des Dreschsatzes mit Hilfe einer neuen EinstwVfg. geschehen ist. Denn solchenfalls wäre die das „andere Ereignis" auslösende Ursache vom Kl. selbst unmittelbar durch den Abschluß des vom Bekl. beurkundeten Vertrages gesetzt worden, der gerade im Hinblick auf die unerlaubte Handlung, die er verkörperte, in jedem Fall, mochte der Bekl. die Parteien über die Notwendigkeit der alsbaldigen Entfernung richtig belehrt haben oder nicht, mit dem daraus sich für die Mutter S. ergebenden Schadensersatzanspruch gewissermaßen belastet sein mußte. Auch hier führt die Anwendung des § 249 BGB. zu dem gleichen Ergebnis, ganz abgesehen davon, daß man dazu auch durch Anwendung des § 254 BGB. gelangen müßte.

Ein solcher Schadensersatzanspruch der Mutter S. könnte sowohl aus § 826 BGB. wie aus § 823 Abs. 1 i. Verb. m. §§ 1107, 1135 daselbst gerechtfertigt erscheinen. Insbes. erweckt das Verhalten des Kl. und des Emil S. den Verdacht, daß sie zum Nachteil der Mutter S. bewußt zusammen gewirkt haben. Einen Verstoß gegen die guten Sitten hat das BG. bisher nicht festgestellt, und es hat bisher auch den angedeuteten Verdacht noch nicht ausgesprochen. Die bloße Kenntnis der EinstwVfg. und der von Emil S. in dem Vergleich v. 7. Nov. 1929 übernommenen Verfügungsbeschränkung vermag für sich allein die Annahme, der Kl. habe sittenwidrig gehandelt, noch nicht zu begründen. Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB. käme aber, von allem anderen abgesehen, nur in Frage, wenn durch die Veräußerung des Dreschsatzes gegen die §§ 1107, 1135 BGB. verstoßen wurde (vgl. RGRKomm., Erl. 1 zu § 1135 BGB.).

Da eine abschließende Stellungnahme nicht möglich ist, muß die Sache zurückverwiesen werden.

(U. v. 5. Febr. 1935; III 263/34. — Königsberg.) [v. B.]

*

**4. § 839 BGB. Beamtenrecht.

I. Die allgemeine Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Beamten, deren Verletzung schadensersatzpflichtig macht, ergreift nicht auch Belange des Beamten, die nicht dessen gegenwärtige Dienststellung betreffen, sondern die eine Beförderung, also die Erlangung einer besseren Dienststellung gegenüber dem Staate verfolgen. Der öffentliche Beamte hat keinerlei Anspruch auf Beförderung.

II. Nicht nur der Staatshoheitsakt der Beförderung selbst ist allein Sache des pflichtgemäßen Ermessens der Verwaltungsbehörde, sondern auch das Verfahren, wie sich die Behörde ihre Überzeugung davon verschafft, ob ein Beamter zur Beförderung geeignet ist oder nicht. Soweit der Bereich des pflichtgemäßen Ermessens einer Behörde geht, kommt die Verletzung einer gegenüber einem Dritten obliegenden Amtspflicht grundsätzlich nicht in Frage.

III. Es besteht keine Verpflichtung des Staates, einen Beamten, der das Amtsblatt zu lesen hat, auf einen darin erschienenen, für ihn wichtigen, ministeriellen Erlaß noch besonders hinzuweisen.

Der Kl., der jetzt Reichsbahnobersekretär ist, ist nicht mit in die in seinem damaligen Eisenbahndirektionsbezirk im Jahre 1918 aufgestellte Liste der Anwärter für ausnahmsweise Beförderung von Eisenbahnassistenten zu Vorstehern aufgenommen worden. Er hat infolgedessen nicht zu den ersten 13 Anwärtern dieser Liste gehört, die im März 1920 zu Vorstehern befördert worden sind. Der Gehaltsnachteil, den er dadurch gegenüber den ausnahmsweise zu Vorstehern beförderten Assistenten erlitten hat, ist für die Zeit bis Ende Dezember 1924 wieder ausgeglichen worden. Der Kl. hat nämlich am 19. Dez. 1921 die Sonderprüfung bestanden, von der im Nachtragshaushalt für 1920 die Umwandlung

von Planstellen der Besoldungsgruppe VI in die der höheren Gruppe VII abhängig gemacht war, und hat dadurch seine Ernennung zum Eisenbahnobersekretär, der wie ein Vorsteher ebenfalls zur Gruppe VII gehört hat, v. 1. April 1920 ab erreicht. Aus der Nichtzugehörigkeit zu den sog. „Märzvorstehern" ist ihm dann aber v. 1. Jan. 1925 ab ein neuer Nachteil dadurch entstanden, daß die Märzvorsteher damals zu Eisenbahninspektoren (Besoldungsgruppe VIII) ernannt worden sind, welche Weiterbeförderung ihm versagt geblieben ist. Sein Klagebegehren geht auf Zahlung des ihm seit Januar 1925 entgangenen Unterschiedsbetrages zwischen den Bezügen eines Beamten der Besoldungsgruppe VI, vom 1. Okt. 1927 ab Gruppe VII, und denen eines Beamten der Gruppe VIII, v. 1. Okt. 1927 ab Gruppe VIIa.

Das BG. hat die von der Bekl. in erster Linie erhobene Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht durchgreifen lassen. Es erkennt an, daß der Beamte kein Recht auf Beförderung besitzt, und daß deshalb der Rechtsweg für einen aus einer Nichtbeförderung hergeleiteten Anspruch auf Zahlung eines Gehaltsunterschieds nicht offensteht. Es weist aber darauf hin, daß der Klageanspruch aus Verletzungen der der Bekl. gegenüber dem Kl. obliegenden öffentlich-rechtlichen allgemeinen Fürsorgepflicht geltend gemacht wird, die gleichzeitig Amtspflichtverletzungen bilden sollen, für deren Folgen die Bekl. nach Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. haftbar ist. Der Kl. sieht diese Verletzungen der Fürsorgepflicht und gleichzeitig von Amtspflichten nicht in der Nichtbeförderung selbst, sondern in besonderen der Bekl. zur Last gelegten Handlungen und Unterlassungen, die seine Nichtbeförderung erst zur Folge gehabt haben sollen. Doch auch damit wird nicht ohne weiteres ausgeschlossen, daß der Kl. in Wirklichkeit nur einen dem Rechtsweg entzogenen Beförderungsanspruch geltend macht, der lediglich in das Gewand eines einklagbaren Schadensersatzanspruchs aus Verletzung von Fürsorge- und Amtspflichten gekleidet ist. Ob dies der Fall ist, kann erst eine sachlich-rechtliche Untersuchung der einzelnen vom Kl. vorgetragenen und als Verletzungen von Fürsorge- und von Amtspflichten bezeichneten Vorgänge ergeben. Die Vorgänge zerfallen in zwei Gruppen. Entweder beziehen sie sich auf die Nichtaufnahme des Kl. in die Anwärterliste für die ausnahmsweise Beförderung von Eisenbahnassistenten zu Vorstehern, oder sie betreffen falsche oder unterlassene Belehrungen über Prüfungen, wodurch dem Kl. die Ausnutzung einer später noch vorhanden gewesenen Aufrückungsmöglichkeit vereitelt sein soll.

I. Was die erste Gruppe anbetrifft, so wirft der Kl. der Bekl. eine Reihe von angeblichen Pflichtwidrigkeiten bei der Aufstellung der erwähnten Anwärterliste vor, die es verhindert hätten, daß er einen aussichtsreichen, seine Beförderung sichernden Platz in der Liste erhalten habe. Damit wird der Bekl. der Vorwurf einer für den Kl. nachteilig gewesenen pflichtwidrigen Behandlung der durch ministerielle Erlasse v. 5. Juni und 11. Sept. 1928 angeordneten Angelegenheit einer ausnahmsweisen Beförderung gemacht. Insofern der Kl. dabei seine Schadensersatzansprüche nicht nur aus unerlaubter Handlung, nämlich aus Amtspflichtverletzung, sondern zugleich aus einer Verletzung der auf dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis des Kl. beruhenden allgemeinen Fürsorgepflicht der Bekl. herleitet, ist die aus den §§ 149, 150 RBG. und § 8 RBahnPersonalG. v. 30. Aug. 1934 (RGBl. II, 287) sich ergebende besondere Prozeßvoraussetzung eines Vorentscheides der obersten Reichsbahnbehörde und der Innehaltung einer vom Bescheide ab laufenden sechsmonatigen Klagefrist erfüllt worden. Die Rev. ist der Ansicht, das BG. habe den Begriff der öffentlich-rechtlichen allgemeinen Fürsorgepflicht verkannt. Sie findet ihn vom BG. zu eng gefaßt und glaubt, er schließe die Verpflichtung ein, alles zu tun, was das Weiterkommen des Beamten zu fördern geeignet sei. Diese allgemeine weite Fassung, welche die Rev. dem Begriff der Fürsorgepflicht des Staates oder sonstiger öffentlicher Körperschaften gegenüber ihren Beamten gibt, läßt sich jedoch der Rspr. nicht entnehmen und liegt auch der von der Rev. angezogenen Entsch. des RG. v. 20. Juni 1933, III 5/33, nicht zugrunde. Die aus der überragenden Machtstellung des Staates gegenüber seinen Beamten begründete und aus dem Rechtsgedanken, der der privatrechtlichen Vorschrift des § 618 BGB. zugrunde liegt, entwickelte Fürsorgepflicht erfaßt nur das bestehende Dienstverhältnis des Beamten. Innerhalb dieses Dienstverhältnisses darf der Staat seine Machtstellung nicht einseitig zur Geltung bringen, sondern hat er auch die Belange des ihm untergebenen Beamten zu berücksichtigen und zu wahren und ihn wohlwollend und gerecht zu behandeln. Er darf keine ungerechten und unbilligen dienstlichen Anforderungen an ihn stellen und muß ihm die Erfüllung seiner Dienstpflichten nach Möglichkeit erleichtern und dabei vor allem auf seine Gesundheit bedacht sein. Nach außen kann sich die Pflicht zu wohlwollender und gerechter dienstlicher Behandlung dahin auswirken, daß er auf Anfragen über seinen Beamten keine unwahre dienstliche Auskunft erteilen darf, die dem Beamten ein erstrebtes anderweites Fortkommen erschwert oder ihm sonst nachteilig sein kann. Die angezogene Entsch. hat daher eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Staates darin gefunden, daß der Vorgesetzte eines Beamten, der beim Versorgungsamt die Gewährung von Versorgungsbezügen beantragt hatte, in dem Rentenverfahren eine dem Beamten ungünstige falsche dienstliche Auskunft über dessen früheren Gesundheitszustand erteilte, und hat den Vorgesetzten als verpflichtet angesehen, „alles zu vermeiden, was für das Weiterkommen des Beamten von Nachteil sein könnte". Dagegen ist es grundsätzlich abzulehnen, daß die allgemeine Fürsorgepflicht des Staates, deren Verletzung ihn schadenspflichtig macht, auch Belange des Beamten ergreift, die nicht dessen gegenwärtige Dienststellung betreffen oder in ihr begründet sind, sondern die eine Beförderung, also die Erlangung einer besseren Dienststellung gegenüber dem Staate, verfolgen. Soweit geht die Fürsorgepflicht des Staates nicht. Der öffentliche Beamte hat keinerlei Anspruch auf Beförderung. Diese erfolgt im Interesse des Gemeinwohls und unterliegt lediglich dem pflichtmäßigen Ermessen der Behörde. Die der Bekl. vorgeworfene ordnungswidrige Behandlung der Beförderungsangelegenheit des Kl. kann deshalb die allgemeine Fürsorgepflicht der Bekl. überhaupt nicht verletzen. Die Klage erweist sich mithin insofern tatsächlich als ein unzulässiger Versuch des Kl., die ihm entgangenen Vorteile einer Beförderung, auf die er keinen Anspruch hatte, auf dem Umwege über einen Schadensersatzanspruch aus Verletzung der öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht der Bekl. zu erreichen. Dafür steht der Rechtsweg nicht offen.

II. Ebenso liegt die Sache hinsichtlich der einzelnen Amtspflichtverletzungen, die die zuständigen Beamten der Bekl. sich nach Ansicht des Kl. bei der Behandlung seiner Beförderungsangelegenheit haben zuschulden kommen lassen. Der Kl. führt im einzelnen aus, die Beamten hätten sich ihre Ansicht von seiner angeblichen sittlichen Ungeeignetheit, die zunächst den Grund für seine Nichtaufnahme in die Anwärterliste gebildet habe, ohne ausreichende Unterlagen, nämlich nur auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen, später wieder aufgehobenen Ehescheidungsurteils gebildet, und hätten, nachdem der Grund schlechten außerdienstlichen Verhaltens später fallen gelassen wäre, es bei Bewertung seiner dienstlichen Leistungen an sorgfältigen und besonders auch rechtzeitigen Ermittlungen fehlen lassen. Doch ist nicht nur der Staatshoheitsakt der Beförderung selbst Sache allein des pflichtmäßigen Ermessens der Verwaltungsbehörde, sondern auch das Verfahren, wie die Behörde sich ihre Überzeugung davon verschafft, ob ein Beamter zur Beförderung geeignet ist oder nicht. Es würde zu großen Unzuträglichkeiten führen und die Grenzen zwischen den Aufgaben von Verwaltung und Justiz völlig verwischen, wollte man den Gerichten hier die Nachprüfung aller Maßnahmen der Verwaltungsbehörde zur Bildung ihres Urteils über die Geeignetheit eines Beamten gestatten. Der Kl. beruft sich noch auf angebliche Zusicherungen, die er durch § 66 RMilG. v. 2. Mai 1874 (RGBl. 45) und durch den der Bekl. zur Beachtung zugegangenen Erlaß des Wiederaufbauministers v. 24. Juni 1920 zu seinen Gunsten gemacht findet. Der genannte § 66 schreibt vor, daß die Beamten durch Einberufung zum Militärdienst in ihren

bürgerlichen Dienstverhältnissen keinen Nachteil erleiden sollen, und der ministerielle Erlaß enthält die Bitte, bei Besetzung von Beförderungsstellen in der heimischen Eisenbahnverwaltung die beim Kommissariat für die Rückführung von Eisenbahnmaterial tätigen Beamten, zu denen der Kl. gehörte, möglichst zu berücksichtigen und ihnen dadurch für die dem Vaterland geleisteten aufopfernden Dienste eine Anerkennung zuteil werden zu lassen. Aber auch diese Vorschriften bieten dem Gericht keine Handhabe zur Nachprüfung des Verfahrens der Bekl. bei der Beförderungsangelegenheit des Kl. Denn sie geben lediglich Richtlinien für die Ausübung des pflichtmäßigen Ermessens der Verwaltungsbehörden. Soweit aber der Bereich des pflichtmäßigen Ermessens einer Behörde geht, kommt die Verletzung einer gegenüber einem Dritten obliegenden Amtspflicht grundsätzlich nicht in Frage. Nur insofern der zuständige Beamte gar nicht nach pflichtmäßigem Ermessen, sondern willkürlich, etwa offensichtlich schikanös, feindselig oder unwahrhaftig, verfährt oder in so hohem Maße fehlsam vorgeht, daß sein Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar ist, findet nach feststehender Rspr. eine Nachprüfung durch die Gerichte statt. Von reinen Willkürakten oder offenbarem Ermessensmißbrauch der Beamten der Bekl. kann aber nach der eigenen Darstellung des Kl. keine Rede sein.

III. Die beiden weiteren Verletzungen von allgemeiner Fürsorgepflicht der Bekl. und von zugleich Amtspflichten ihrer Beamten, für deren Folgen der Kl. die Bekl. verantwortlich macht, betreffen nicht die Aufstellung der erwähnten Anwärterliste und deshalb nicht die Angelegenheit der Beförderung des Kl., sondern sollen ihm nur die eigene Ausnutzung einer später noch einmal gegebenen Beförderungsmöglichkeit vereitelt haben. Insoweit unterliegt die Zulässigkeit des Rechtswegs für die Klage keinem Bedenken.

Die erste der beiden Verletzungen von Fürsorge- und Amtspflicht sieht der Kl. darin, daß er durch die ihm seinerzeit gemachte unrichtige Versicherung, mit Ablegung der im Nachtragshaushalt für 1920 vorgesehenen Sonderprüfung sichere er sich sämtliche Vorteile, welche die sog. Märzvorsteher erlangt hätten, in Sicherheit gewiegt worden sei, daß er deshalb nach Bestehen der Sonderprüfung kein Interesse mehr daran gehabt, das Amtsblatt auf neue Möglichkeiten der Erlangung der Beförderungsaussichten der Märzvorsteher genau zu prüfen, und infolgedessen beim Lesen des Amtsblatts den Erlaß v. 18. März 1924 übersehen habe, nach welchem denen, die vor Einführung der Fachprüfung erster Klasse die Sekretärprüfung nicht bestanden hatten, eine erleichterte Wiederholung dieser Prüfung, die ihm ein Leichtes gewesen wäre, vorübergehend gestattet werden konnte. Die andere Verletzung von Fürsorge- und Amtspflicht soll darin liegen, daß er auf diese Möglichkeit der Prüfungswiederholung nicht aufmerksam gemacht, sondern immer nur auf die Fachprüfung erster Klasse hingewiesen worden sei, die eine ihm bei seinem Alter nicht mehr mögliche lange und zum Teil auch technische Ausbildung erfordert haben würde.

Im ersten Falle ist es zu dem gegen die Bekl. und ihre Beamten gerichteten Vorwurf einer Fürsorge- und Amtspflichtverletzung offensichtlich nur dadurch gekommen, daß der Kl. aus einer unrichtigen, richtiger wohl zur nicht ganz genauen, übrigens von der Bekl. bestrittenen Auskunft über die Vorteile der Sonderprüfung für sich das Recht hergeleitet, daß er das Amtsblatt, zu dessen Lesen er verpflichtet war, nicht mehr mit der bisherigen Sorgfalt habe durchzusehen brauchen. Eine solche Beweisführung ist natürlich nicht möglich, so daß das BG. diesen Fall unerörtert lassen konnte. Im zweiten Fall wird eine Fürsorge und Amtspflichtverletzung gegenüber dem Kl. vom BG. deshalb mit Recht verneint, weil keine Verpflichtung der Bekl. anerkannt werden kann, einen Beamten, der das Amtsblatt zu lesen hat, auf einen darin erschienenen, auch für ihn wichtigen ministeriellen Erlaß noch besonders hinzuweisen.

(U. v. 7. Dez. 1934; III 178/34. — Berlin.) [v. B.]
<= RGZ. 146, 369.>

*

**5. § 839 BGB. Ist eine vom Gläubiger eingeleitete Zwangsvollstreckung infolge schuldhafter Amtspflichtverletzung des Gerichtsvollziehers fruchtlos ausgefallen, und greift nunmehr der Gläubiger auf den für die Schuldsumme haftenden Bürgen zurück, so kann dieser nicht Schadensersatzansprüche gegen den Staat aus Amtspflichtverletzung des Gerichtsvollziehers geltend machen, weil dem Gerichtsvollzieher bei Vornahme der Vollstreckungshandlung eine Amtspflicht dem Bürgen gegenüber nicht obgelegen hat. Eine Amtspflicht, die nach der Art der Tätigkeit des Beamten auf einen bestimmten Kreis von Personen beschränkt ist, liegt dem Beamten nicht gegenüber anderen Personen ob, mögen auch deren Belange durch spätere Nachwirkungen der Amtshandlung betroffen werden.

Der Kl. hatte für ein Darlehn einer Sparkasse in W. an den Kaufmann B. selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. Die Kasse ließ durch den Gerichtsvollzieher P. beim Schuldner Waren pfänden. Die Versteigerung der auf einen Gesamtwert von 2309,62 RM geschätzten Waren ergab nur 1141,60 RM, von denen 713,65 RM auf die Kasse entfielen. Wegen ihres Ausfalls von 1490,40 RM nahm die Kasse den Kl. in Anspruch, der sie gegen Abtretung ihrer Schadensersatzansprüche befriedigt hat.

Der Kl. verlangt vom Bekl. Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitten haben will, daß der Gerichtsvollzieher trotz Hinweises des hinzugezogenen Schätzers, es sei zu wenig gepfändet, weitere greifbare Sachen des Schuldners nicht gepfändet habe.

LG. und OLG. haben der Klage dem Grunde nach stattgegeben.

Nach den Feststellungen des BG. hat der Gerichtsvollzieher sich über den Hinweis des Schätzers, der zu erwartende Erlös der gepfändeten Sachen werde zur Befriedigung der Gläubigerin nicht ausreichen, hinweggesetzt und weitere Pfändungen unterlassen, obwohl ihm bei ordnungsmäßiger Nachsuche die Weinvorräte des Schuldners nicht hätten entgehen können. Der Gerichtsvollzieher hat dadurch seine Amtspflicht zur sorgfältigen Durchführung der ihm übertragenen Zwangsvollstreckung fahrlässig verletzt.

Die Annahme des BG., daß dem Gerichtsvollzieher diese Amtspflicht auch gegenüber dem Kl. als Bürgen obgelegen habe, wird von der Rev. mit Recht bekämpft. Ohne Frage handelt es sich zwar hier um Verletzung einer Amtspflicht, die dem Gerichtsvollzieher nach ihrem Zweck (RGZ. 78, 241 = JW. 1912, 349; 139, 153 = JW. 1933, 1189) nach außen hin, also Dritten gegenüber oblag. Zutreffend erwägt das BG. auch, daß Dritte nicht nur die bei dem Amtsgeschäft unmittelbar Beteiligten, sondern alle Personen sind, deren Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts durch dieses berührt werden. Daß solche Personen als Dritte i. S. des § 839 BGB. in Betracht kommen können, sofern in ihren Rechtskreis durch die Amtshandlung eingegriffen werden kann, auch wenn sie durch die Amtsausübung nur mittelbar betroffen werden, entspricht der ständigen Rspr. und ist u. a. RGZ. 138, 313 = JW. 1933, 605 unter Anführung der bisherigen Rspr. ausgesprochen. Dort ist aber auch bereits hervorgehoben, daß diesen Personen gegenüber die Amtspflicht zwar bestehen kann, aber keineswegs bestehen muß. Vielmehr ist die Frage, ob sie es im Einzelfall tut, besonders zu prüfen. Eine Amtspflicht, die nach der Art der Tätigkeit des Beamten auf einen bestimmten Kreis von Personen beschränkt ist, liegt dem Beamten nicht gegenüber anderen Personen ob, mögen auch deren Belange durch spätere Nachwirkungen der Amtshandlung betroffen werden. So liegt die Sache hier. Der Bürge, dessen Interessen zwar berührt werden durch den Verlauf der Zwangsvollstreckung unter Hinzutritt der weiteren vergeblichen Versuche der Gläubigerin, Befriedigung für ihre Restforderung zu erlangen, und ihres schließlichen Entschlusses, sich wegen ihres Ausfalls an den Bürgen zu halten, ist doch zunächst am Verfahren völlig unbeteiligt. Aus diesen Gründen hat denn auch das RG. be-

reits RGZ. 140, 43 = JW. 1933, 1188 ausgesprochen, daß der Umstand allein, daß jemand dem Auftraggeber des Gerichtsvollziehers kraft Rechtsgeschäfts verpflichtet ist, im Falle der Nichterfüllung der zu vollstreckenden Schuld einzutreten, diesen Dritten nicht in Beziehung zu der Amtstätigkeit des Beamten bringen und ihm ein Recht auf gehörige Ausführung des Auftrags nicht geben könne. Dieser für den Fall einer kraft Vertrags und kraft Wechselrechts für den dortigen Kl., der bei der Gläubigerin einen Wechsel diskontiert hatte und für dessen Eingang haftete, ausgesprochene Grundsatz trifft auf den jetzigen Kl., der kraft Bürgschaftsvertrages für die Schuld des B. einzustehen hatte, genau so zu. Dieser Standpunkt ist übrigens für den Ausfallbürgen einer Hypothek bereits RGZ. 138, 210 = JW. 1933, 778 als zutreffend anerkannt. — Die Erwägungen, die das BG. in diesem Zusammenhang über den Übergang der Hauptforderung mit allen Nebenrechten auf den zahlenden Bürgen (§ 774 BGB.) anstellt, sind insofern gegenstandslos, als eine Schadensersatzforderung der Gläubigerin aus § 839 BGB., die auf den Kl. übergegangen sein könnte und auf die er seine Klage auf Grund der geschehenen vertraglichen Abtretung oder dieses gesetzlichen Forderungsübergangs hätte stützen können, niemals vorhanden war. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. schließt einen Anspruch gegen den Beamten ausdrücklich aus, wenn der Verletzte auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Ob diese Möglichkeit auf Gesetz oder Vertrag beruht, ist gleichgültig (RGZ. 138, 211). Im vorl. Fall aber konnte die Gläubigerin auf Grund des Bürgschaftsvertrags Ersatz vom Kl. verlangen und hat ihn verlangt (vgl. auch RGZ. 140, 44 = JW. 1933, 1188).

(Urt. v. 26. Febr. 1935; III 243/34. — Kiel.) [v. B.]

*

6. Erlaß des Reichsverkehrsministers vom 20. April 1920. Beamte werden in der Regel durch eine ihnen zugehende Einzelverfügung ernannt. Die Ernennung mehrerer Personen zugleich durch eine Gesamtverfügung ist zwar rechtlich statthaft, bildet jedoch eine Ausnahme, die von dem, der daraus Rechte herleitet, unzweideutig nachgewiesen werden muß. Etwaige Zweifel gehen zu seinen Lasten.

Der Kl. trat am 1. Okt. 1912 als Schlosser in den Dienst der Preuß. Staatseisenbahnverwaltung, der Rechtsvorgängerin der jetzt bekl. Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft. Am 16. Juni 1919 wurde er auf seinen Antrag in die Werkführerlaufbahn übernommen. Am 6. Dez. 1920 legte er die förmliche Prüfung zum Werkführer mit Erfolg ab. Er erhielt weiterhin den Lohn eines Hilfswerkführers.

Der Kl. verlangt nunmehr Beamtengehalt, indem er behauptet, er sei mit Wirkung v. 1. Juni 1920 ab diätarisch im außerplanmäßigen Beamtenverhältnis eingestellt worden. Er sieht seine außerplanmäßige Anstellung in dem Erlaß des RVerkM. v. 24. April 1920 i. Verb. m. der Verfügung der Eisenbahndirektion Köln v. 7. Juni 1920. Er meint, hierdurch seien sämtliche damals im Direktionsbezirk Köln vorhanden gewesenen, ständig und überwiegend mit den Dienstverrichtungen von Unterbeamten betrauten Bediensteten — zu diesen habe auch er gehört — vom genannten Tage an in das außerplanmäßige Beamtenverhältnis übernommen worden. Er hat deshalb Klage erhoben auf Zahlung des Unterschieds zwischen dem ihm gezahlten Lohneinkommen und den ihm als außerplanmäßigen Beamten zukommenden Bezügen.

Beamte werden in aller Regel durch eine ihnen zugehende Einzelverfügung ernannt. Die Ernennung mehrerer Personen durch eine Gesamtverfügung ist zwar rechtlich statthaft, bildet jedoch schon eine Ausnahme. Nur unter ganz besonderen Umständen wird es aber vorkommen, daß durch öffentliche Bekanntmachung eine unbestimmte Zahl von Personen zu Beamten ernannt wird, Personen, die nur nach gewissen, im Einzelfall erst noch festzustellenden Gruppenmerkmalen bezeichnet werden. Bei der Überführung in das außerplanmäßige Beamtenverhältnis soll es sich seinerzeit allein im Bezirk Köln um etwa 10000 Bedienstete gehandelt haben. Ihre Ernennung durch eine allgemeine Amtsblattverfügung hätte also eine ganz ungewöhnliche Verwaltungsmaßnahme dargestellt. Mithin muß von dem, der daraus Rechte herleitet, verlangt werden, daß er einen so besonderen Vorgang unzweideutig nachweist. Etwaige Zweifel müssen hier zu Lasten des Beamten gehen, anders als in den vom erk. Sen. stets zugunsten der Beamten entschiedenen Fällen, in denen es sich um behördliche Erklärungen handelte, die in schon erworbene Beamtenrechte eingriffen oder Beamte zur Aufgabe solcher Rechte veranlassen sollten (vgl. RG. 114, 130 u. ö.[1])). Die Möglichkeit einer allgemeinen Beamtenernennung in dem vorstehend gekennzeichneten, außergewöhnlich weiten Rahmen war zwar durch den — nur aus den politischen Verhältnissen der damaligen Zeit erklärlichen — Ministerialerlaß vom 24. April 1920 geschaffen worden. Ob diese Möglichkeit dann aber auch wirklich ausgenutzt worden ist, muß für jede einzelne Eisenbahndirektion besonders geprüft werden. Und diese Prüfung führt für den Bezirk Köln jedenfalls zu keinem zweifellos zugunsten des Kl. sprechenden Ergebnis.

(U. v. 23. Okt. 1934; III 104/34. — Düsseldorf.) [v. B.]

*

****7.** §§ 5, 6 BRÄndG. v. 30. Juni 1933; § 1 KommBeamtG. Wirkung der Aushändigung einer Anstellungsurkunde. Ist in Verfolg der früheren Rspr. des RG., wonach die Übertragung und weisungsgemäße Ausübung obrigkeitlicher Tätigkeit ein Beamtenverhältnis begründen, eine Anstellungsurkunde ausgehändigt worden und somit der Tatbestand der Anstellung als Beamter begründet, so ändert sich daran auch nichts durch den auf Grund des BRÄndG. rückwirkend geschaffenen Rechtszustand.

Der Bekl. war im Dezember 1913 von der kl. Stadtgemeinde auf Privatdienstvertrag ausdrücklich lediglich zur Vertretung eines erkrankten Beamten und für die Dauer der Vertretungsnotwendigkeit als Hilfssteuererheber eingestellt, schließlich aber trotz Wiedereintritts des Erkrankten weiterbeschäftigt worden und zwar, mit Ausnahme seiner Einziehung zum Kriegsdienst, bis Ende September 1923. Seine Tätigkeit im städtischen Dienst endete infolge einer am 15. Aug. 1923 mit Zustimmung des Angestelltenrats ausgesprochenen Kündigung zum 30. Sept. 1923, die er nach anfänglichem Widerstand schließlich nach Empfang einer Abfindungssumme hinnahm. Am 1. Okt. 1923 unterzeichnete er eine ihm zur Unterschrift vorgelegte Erklärung, daß er sich für abgefunden betrachte und keine weiteren Ansprüche gegen die Stadt habe. In der Folgezeit machte er geltend, er sei — was bei den Abfindungsverhandlungen nicht bedacht gewesen sei — infolge weisungsmäßiger Ausübung obrigkeitlicher Tätigkeit Beamter der Bekl. geworden. Die Kündigung vom 15. Aug. 1923 sei entgegen ortsgesetzlicher Vorschrift ohne Magistratsbeschluß ausgesprochen und deshalb unwirksam gewesen. Die Kl. kündigte vorsorglich am 29. Aug. 1929 auf Grund eines Magistratsbeschlusses von neuem zum 30. Nov. 1929. Der Bekl. ließ auch diese Kündigung nicht gelten, weil mittlerweile die ortsgesetzlich zur Begründung lebenslänglicher Anstellung vorgesehene Frist von zehn Jahren abgelaufen sei. Der BezAusſch. trat ihm darin bei. In einem Vorprozeß hat die Kl. auf Feststellung geklagt, daß die zum 30. Nov. 1929 erklärte Kündigung wirksam und der Bekl. nicht auf Lebenszeit angestellter Beamter sei. Sie ist damit endgültig unterlegen zufolge Urt. des RG. v. 8. März 1932 (III 215/31). Der Bekl. forderte am 5. Juni 1932 Ausstellung und Aushändigung einer Anstellungsurkunde, erhielt aber ablehnenden Bescheid. Er stellte darauf schriftlich seine Dienste der Kl. zur Verfügung und erwirkte, als diese schwieg, beim BezAusſch. die Verurteilung der Kl. zur Gehaltszahlung. Darauf erklärte er ihr mit Schreiben v. 30. Aug. 1932, auf Grund der Entsch. des RG. v. 8. März 1932 betrachte er sich als ihr lebenslänglich angestellter Beamter. Die Kl. stellte ihn darauf Anfang September wieder in Dienst, er meldete sich jedoch nach acht Tagen krank und hat seitdem keinen Dienst mehr

[1]) JW. 1926, 2292.

getan. Am 20. Sept. 1932 behändigte ihm die Kl. folgende Urkunde:

Anstellungsurkunde.

Auf Grund der RGEntsch. v. 8. März 1932 sind Sie Beamter auf Lebenszeit.

In dem Übersendungsschreiben teilte sie ihm mit, daß er die Amtsbezeichnung Stadtassistent zu führen habe und nach Besoldungsgruppe 8 und einem Besoldungsdienstalter vom 1. Juni 1914 Gehalt beziehe.

Nach Erlaß des BRÄndG. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) eröffnete die Kl. dem Bekl., sie erkenne nunmehr seine Beamteneigenschaft nicht mehr an, und mit Ende September 1933 stellte sie die Zahlung des Beamtengehalts an ihn ein. Der Bekl. wandte sich gem. § 7 KommBeamtG. v. 30. Juli 1899 an den BezAussch. und erzielte hier den Beschluß, daß er lebenslänglicher Beamter der Kl. sei und diese ihm seine Dienstbezüge zu zahlen habe.

Die Kl. hat darauf Klage erhoben mit dem Antrag, den Beschluß des BezAussch. aufzuheben und festzustellen, daß dem Bekl. keine vermögensrechtlichen Ansprüche gegen den Kl. zustehen.

LG. und OLG. haben der Klage stattgegeben.

Das BG. geht zutreffend davon aus, daß das BRÄndG. im § 5 diejenigen Beamten, die als solche berufen worden sind, denjenigen gegenüberstellt, die ohne solche Berufung gemäß der Rspr. des RG. infolge ihrer Betrauung mit obrigkeitlichen und anderen öffentlichen Aufgaben Beamteneigenschaft erlangt haben. Richtig erkennt es auch den Willen des Gesetzes, daß Beamte der letzteren Art mit Rückwirkung nicht mehr die Rechte von Beamten haben sollen, selbst dann nicht, wenn gegenteilige Zusicherungen, Vereinbarungen, Vergleiche, rechtskräftige Urteile und Schiedssprüche vorliegen. Zu Unrecht rechnet es aber den Bekl. zu dieser Gruppe. Maßgebend ist im vorliegenden Falle § 6 Abs. 1 Schlußsatz:

Wenn in landesrechtlichen Vorschriften bestimmte Formen für die Begründung des Beamtenverhältnisses vorgesehen waren, so gelten bis zum Inkrafttreten dieses Kapitels nur diese Formen als Berufung i. S. des § 5.

Ob vor dem Inkrafttreten des Kap. II BRÄndG. bei der Anstellung des Bekl. die vorgeschriebene Form gewahrt war, ist also nach § 1 KommBeamtG. zu beurteilen, wonach die Anstellung „durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde" erfolgt. Über den Inhalt dieser Anstellungsurkunde sagt das KommBeamtG. selbst nichts, namentlich ist hier im Gegensatz zu der auf dem BRÄndG. beruhenden Neufassung des § 1 RBG. nicht vorgeschrieben, daß in der Urkunde die Worte „unter Berufung in das Beamtenverhältnis" enthalten sein müssen. Es ist unerläßlich, aber auch genügend, daß in der Urkunde der Wille der Anstellungsbehörde zum Ausdruck kommt, daß der Betreffende Beamter sein soll. Die Aushändigung einer derartigen Urkunde schafft das Beamtenverhältnis.

Im vorliegenden Fall bezeichnet sich die dem Bekl. ausgehändigte Urkunde selbst in ihrer Überschrift ausdrücklich als Anstellungsurkunde; sie läßt schon allein dadurch keinen Zweifel darüber, daß damit die Anstellung des Bekl. als städtischen Beamten erklärt werden soll. Es ist nicht erforderlich, daß die Anstellungsurkunde — etwa nach den Mustern, die in der Anweisung zur Ausführung des KommBeamtG. gegeben sind — gerade besagt, daß der Empfänger „hierdurch ernannt" werde; es genügt auch die bloße Feststellung, daß er Beamter sei. Wird eine diese Feststellung bescheinigende Urkunde ausgehändigt, so ist die in § 1 KommBeamtG. vorgeschriebene Form erfüllt. Hier kommt hinzu, daß dem Bekl. zugleich mit der Urkunde v. 20. Sept. 1932 die schriftliche Erklärung zugestellt worden ist, daß er die Amtsbezeichnung als Stadtassistent zu führen habe, daß er einer bestimmten Beamtenbesoldungsgruppe zugeteilt und ein bestimmtes Beamtenbesoldungsdienstalter festgesetzt worden sei.

Wenn die Kl. geltend macht und das BG. seine Entsch. darauf gestützt hat, daß das ganze Verhalten der Kl. seinerzeit deutlich habe erkennen lassen, daß sie nicht den Willen habe, den Bekl. von sich aus zum Beamten zu machen, sondern daß sie sich lediglich der Rspr. des RG. füge, so wird damit die Bedeutung des Formalakts der Aushändigung der Anstellungsurkunde verkannt. Nach § 1 KommBeamtG. wird, wie schon gesagt, das Beamtenverhältnis dadurch begründet, daß eine Anstellungsurkunde ausgehändigt wird, in der der Wille, daß der Empfänger Beamter sein solle, unzweideutig zum Ausdruck kommt. Ob die Anstellungsbehörde der Meinung ist, der Betreffende sei, trotz Fehlens der Anstellungsurkunde, schon bisher Beamter gewesen und mit der Anstellungsurkunde solle ihm nur ein Ausweis über diese seine bereits erworbene Beamteneigenschaft behändigt werden, ist ohne Bedeutung. Denn unter allen Umständen vervollständigt die Aushändigung der Urkunde den gegenüber der Formvorschrift des § 1 noch unvollkommenen Anstellungsakt und erfüllt damit den Tatbestand der Anstellung. Mag auch die Kl. das Verlangen des Bekl. nach einer Anstellungsurkunde zunächst abgelehnt und ihm auch sonst noch so deutlich zu erkennen gegeben haben, daß sie ihn weder als ihren Beamten anerkennen, noch dazu machen wolle, so hat sie doch schließlich diesen Standpunkt ganz unverkennbar aufgegeben und mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, daß sie den Bekl. fortan als ihren Beamten gelten lassen und behandeln wolle. Wenn sie in der Anstellungsurkunde auf die Entsch. des RG. v. 8. März 1932 verwiesen hat, so hat sie damit lediglich eine Begründung für ihre Sinnesänderung gegeben, nicht aber ihren Willen, den Bekl. als ihren Beamten anzuerkennen, irgendwie eingeschränkt. Die Kl. war durch das Urt. des RG. nicht etwa zur Aushändigung einer Anstellungsurkunde verurteilt worden — für welche Verurteilung übrigens die ordentlichen Gerichte gar nicht zuständig gewesen wären —, es war lediglich festgestellt, daß die Kündigung v. 29. Aug. 1929 unwirksam, d. h. in vermögensrechtlicher Hinsicht unwirksam gewesen sei und die laufenden vermögensrechtlichen Ansprüche des Bekl. nicht zum Erlöschen gebracht habe. Wenn nunmehr die Kl. unter Aufgabe ihres bisherigen Widerstands dem Bekl. eine Anstellungsurkunde aushändigte, so ist sie damit mindestens nach außen hin nach § 1 KommBeamtG. verfahren. Ein geheimer Vorbehalt ist, ebenso wie im bürgerlichen Recht (§ 116 BGB.), auch im öffentlichen Recht unwirksam. Die Kl. kann deshalb nicht geltend machen, daß sie das von ihr Erklärte in Wirklichkeit nicht gewollt habe. Für den Bekl. konnte die Aushändigung der Urkunde trotz des darin enthaltenen Hinweises auf die RGEntsch. v. 8. März 1932 nichts anderes bedeuten, als die Nachholung der noch fehlenden Anstellungsform oder — anders ausgedrückt — als die förmliche Anstellung.

Die Kl. hat notfalls geltend gemacht, sie sei an die Anstellung nicht gebunden, weil sie wie auch der Bekl. dabei von der irrigen Auffassung ausgegangen sei, der Bekl. sei bereits ihr Beamter. Sie will die in den Urt. (RGZ. 126, 126 = JW. 1930, 3766; 244 = JW. 1930, 1188 und 141, 259) ausgesprochenen Grundsätze über die Rechtsfolgen eines gemeinsamen Irrtums über die objektive Grundlage einer Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auch auf den Fall einer Beamtenanstellung angewendet wissen. Das ist aber im vorliegenden Fall ausgeschlossen. Geht man freilich von dem durch das BRÄndG. rückwirkend geschaffenen Rechtszustand aus, so mögen beide Teile zu Unrecht das Bestehen eines — ohne Berufung des Bekl. zum Beamten, allein durch die Übertragung und weisungsgemäße Ausübung obrigkeitlicher Tätigkeit entstandenen — Beamtenverhältnisses angenommen haben. Für die Frage des gemeinsamen Irrtums kann aber nicht die nachträglich mit Rückwirkung geänderte Rechtslage, sondern nur die im Augenblick der Anstellung wirklich gegebene Lage entscheiden. Diese war aber so, daß die Kl. rechtskräftig verurteilt war, dem Bekl. Beamtengehalt zu zahlen, weil er schon Beamter war. Die Parteien haben sich also damals nicht geirrt.

Eine ausdehnende Auslegung des BRÄndG., durch die auch der vorliegende Fall ergriffen würde, ist nicht angängig. Er zeigt zwar die Besonderheit, daß der Bekl. zunächst Ansprüche gegen die Kl. nur daraus herleiten konnte, daß er durch Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse ihr Beamter ge-

worden sei, und daß sich die Kl. erst, nachdem die Gerichte in diesem Punkte zu ihren Ungunsten entschieden hatten, dazu entschlossen hat, die gesetzliche Form des § 1 Satz 2 KommBeamtG. zu erfüllen. Indessen kann der tatsächliche Zusammenhang, der danach zwischen der formgerechten Berufung des Bekl. in ein Beamtenverhältnis und seiner vorangegangenen, nunmehr nach dem BRÄndG. rechtlich bedeutungslosen Betrauung mit öffentlichen Aufgaben besteht, nicht dazu führen, die gesetzliche Rückwirkung auf seine allen Erfordernissen entsprechende Anstellung als Beamter zu erstrecken. Nach dem früheren Rechtszustand, wie das RG. ihn in seiner Rspr. entwickelt hatte, konnte jemand auf zweierlei Weise Beamter werden: entweder dadurch, daß ihm von der dafür zuständigen Stelle obrigkeitliche Befugnisse übertragen wurden, oder dadurch, daß die Behörde ihren Willen erklärte, ihn als Beamten anzustellen (vgl. RGZ. 108, 418). Die erste Möglichkeit ist vom BRÄndG. mit rückwirkender Kraft beseitigt worden. Die zweite, die es „Berufung als Beamter“ nennt, hat es aufrechterhalten. Insoweit fordert es nur Erfüllung der landesrechtlich bestimmten Formen (§ 6 Abs. 1 Satz 3). Es scheidet mit voller Klarheit und läßt unzweifelhaft erkennen, daß die früheren Anstellungen bestehen bleiben sollen, wenn sie in den gesetzlichen Formen vorgenommen worden sind, während lediglich die hoheitsrechtliche Betätigung die Kraft verlieren soll, ein Beamtenverhältnis zu begründen. Diese besitzt also auch für den Bekl. keine Bedeutung mehr. Unberührt bleibt aber anderseits seine formgerechte Berufung in ein Beamtenverhältnis. Daß sie tatsächlich veranlaßt worden ist durch die frühere Rechtsanschauung, daß auch die hoheitsrechtliche Betätigung Beamteneigenschaft verleihe, begründet keinen für die Anwendung des BRÄndG. rechtlich bedeutsamen Zusammenhang zwischen dieser Betätigung und der ihr folgenden Ernennung. Denn das genannte Gesetz trennt in seinen §§ 5 und 6 beide Arten des Entstehens eines Beamtenverhältnisses mit aller Bestimmtheit. Es würde mithin einen unstatthaften Eingriff in das wohlabgewogene Verhältnis dieser Vorschriften bedeuten, wenn man der formgerechten Berufung des Bekl. in ein Beamtenverhältnis deshalb die Wirksamkeit versagen wollte, weil er vor Erlaß des BRÄndG. noch eine zweite, jetzt bedeutungslose Art des Erwerbs der Beamteneigenschaft für sich hat anführen können.

(U. v. 5. Febr. 1935; III 221/34. — Königsberg.)

[v. B.]

<= RGZ. 147, 36.>

*

****8.** §§ 37, 39 PrVolksschullehrer-BesoldungsG. (VBG.) v. 1. Mai 1928 (PrGS. 125); §§ 766, 850 ZPO.; Reichsgesetz über die Abtretung von Beamtenbezügen zum Heimstättenbau v. 30. Juni 1927 (RGBl. I, 733).

I. Für Klagen, mit welchen ein Leistungsanspruch auf Dienstbezüge oder Ruhegehalt eines Volksschullehrers geltend gemacht wird, sind zwar die Landesschulkassen, die nach § 39 VGB. die Zahlung der Dienstbezüge und des Ruhegehaltes an die Lehrer übernommen haben, passiv legitimiert. Da aber nach § 37 Abs. 2 VBG. die Kassengeschäfte der Landesschulkassen von der Generalstaatskasse bzw. den ihr nachgeordneten Regierungshauptkassen geführt werden, diesen also auch die Prüfung der Legitimation der Empfangsberechtigten zusteht, sind Klagen wegen unberechtigter Zahlungen auf Grund von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen Dritter gegen die Generalstaatskasse zu führen.

II. Findet der Einwand der Unpfändbarkeit einer Forderung nicht allein in der prozessualen Bestimmung des § 850 ZPO., sondern auch in dem materiellrechtlichen Schuldverhältnis, in der eigentlichen materiellen Rechtsstellung des Schuldners seinen Grund, so kann er auch außerhalb des durch § 766 Abs. 1 ZPO. vorgesehenen Verfahrens geltend gemacht werden.

III. Das Reichsgesetz über die Abtretung von Beamtenbezügen zum Heimstättenbau v. 30. Juni 1927 ist ein ausgesprochenes Zweckgesetz, das die Abtretung nur zu dem einen bestimmten Zwecke, nämlich um den Beamten die Möglichkeit des Erwerbes einer Heimstätte zu erleichtern, hat zulassen wollen. Lediglich diesem Zwecke diente die vom Gesetz ausgesprochene Erweiterung der Abtretungsbefugnis. Darüber hinaus war eine Veränderung der Rechtsstellung der Beamten nicht beabsichtigt, insbesondere nicht, daß die durch § 850 Abs. 2 ZPO. getroffene Ausnahme von dem im § 850 Abs. 1 ZPO. ausgesprochenen Grundsatze der Unpfändbarkeit des Beamtengehaltes durch die in dem Gesetz v. 30. Juni 1927 getroffene Regelung zuungunsten der Gläubiger des Beamten in ihrer Wirkung hätte abgeschwächt oder eingeschränkt werden sollen.

Der Kl. hat mit einer Beamtenbausparkasse im Jahre 1928 einen Bausparvertrag geschlossen, der über eine Sparsumme von 20000 *RM* lautet und eine Sparzeit von 20 Jahren vorsieht. Zur Erfüllung der sich für ihn aus dem Vertrage ergebenden Verpflichtungen hat er auf Grund des Gesetzes über die Abtretung von Beamtenbezügen zum Heimstättenbau v. 30. Juni 1927 (RGBl. I, 133) von seinen monatlichen Dienstbezügen 104,25 *RM* an die Heimstättengesellschaft abgetreten. Diesen Betrag hat die Regierungshauptkasse in B., von der der Kl. als städtischer Lehrer sein Gehalt und seit dem 1. April 1933 sein Ruhegehalt bezieht, laufend einbehalten und an die Heimstättengesellschaft abgeführt. Nach Abschluß des Bausparvertrages und der damit verbundenen Gehaltsabtretung ist gegen den Kl. eine große Anzahl von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen erwirkt worden, durch die der dritte Teil des monatlich 165 *RM* übersteigenden Diensteinkommens des Kl. gepfändet und den Gläubigern zur Einziehung überwiesen worden ist. Auf Grund dieser Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse hat die Regierungshauptkasse außer den an die Heimstättengesellschaft abgetretenen 104,25 *RM* bis zum 31. März 1933 weitere 77,85 *RM* monatlich von dem 400,53 *RM* betragenden Monatsgehalt des Kl. einbehalten und dem AG. zur Verteilung an die Gläubiger im Wege des Verteilungsverfahrens zugeführt. Seit dem 1. April 1933 verfährt sie in gleicher Weise nur noch mit 38,11 *RM* und dem 275,25 *RM* betragenden Ruhegeld.

Der Kl. ist der Auffassung, die Regierungshauptkasse dürfe für diejenigen Gläubiger, die nur den nach § 850 Abs. 2 ZPO. zulässigen Teil hätten pfänden können und gepfändet hätten, keine Beträge von seinem Gehalt abziehen, da der pfändbare Teil des Gehalts durch die vorangegangene Abtretung an die Heimstättengesellschaft bereits erschöpft sei und darüber hinaus nach § 850 Abs. 2 ZPO. nichts mehr der Pfändung unterliege. Er hat gegen den Preuß. Staat, vertreten durch den RegPräs., Feststellungsklage erhoben, daß der Bekl. auf Grund von gegen den Kl. erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen nur insoweit von seinem Gehalt einen Betrag einbehalten und an die Gläubiger auszahlen darf, als der pfändbare Teil des Gehalts höher ist als derjenige Betrag, den der Kl. von seinem Gehalt an die Heimstättengesellschaft abgetreten hat.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. die Berufung zurückgewiesen. Die Rev. war ohne Erfolg.

I. Der Kl. begehrt mit der Klage die Feststellung, daß der Bekl. auf Grund von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen, die gegen den Kl. erwirkt worden sind, nur insoweit von seinem Gehalt einen Betrag einbehalten und an die Gläubiger auszahlen darf, als der pfändbare Gehaltsteil höher ist als derjenige Betrag, den der Kl. von seinem Gehalt an die Heimstättengesellschaft abgetreten hat. Er macht mit anderen Worten geltend, daß die im Rahmen des § 850 Abs. 1 Nr. 8 und Abs. 2 ZPO. gegen ihn ergangenen Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse mit Rücksicht auf die von dem Kl. im Jahre 1928 erfolgte Abtretung eines Teiles seiner Gehaltsforderung an die Heimstättengesellschaft für die

Dauer der Abtretung nur insoweit rechtliche Wirksamkeit haben, als der gepfändete Gehaltsteil den abgetretenen Gehaltsbetrag übersteigt, und daß infolgedessen die pfändenden Gläubiger des Kl. durch die Beschlüsse auch nur insoweit einen Anspruch auf Auszahlung des gepfändeten Gehaltsteiles gegen den Drittschuldner erlangt haben.

Das BG. hat die Klage in erster Linie deshalb abgewiesen, weil es die Passivlegitimation der gegen den Preuß. Staat erhobenen Feststellungsklage nicht als gegeben angesehen hat. Es hat erwogen, eine Klage wegen vermögensrechtlicher Ansprüche aus dem Dienstverhältnis eines Volksschullehrers sei nach § 34 Nr. 1 VBG. gegen die Landesschulkasse, vertreten durch den Kassenanwalt, oder, wenn es sich um Leistungen handle, für die die Schulunterhaltungspflichtigen einzutreten hätten, unmittelbar gegen den Schulverband zu richten. Gegen den Fiskus selbst könne nicht geklagt werden. Die Generalstaatskasse und die ihr unterstellten Kassen, wie z. B. die Regierungshauptkasse in B., von der der Kl. sein Gehalt beziehe, führten nur die Geschäfte der Landesschulkasse (§ 37 Abs. 2 VBG.).

Der Auffassung des BG. kann nicht beigetreten werden. Über die Bedeutung der Landesschulkasse und ihre rechtliche Stellung zum Staat hat sich das RG. bereits mehrfach ausgesprochen (vgl. JW. 1925, 1615[4]; RGZ. 113, 180; 129, 35 = JW. 1931, 656). Danach ist allerdings die Landesschulkasse, die nach § 36 VBG. — eine den Ausgleich der persönlichen Volksschullasten bezweckende Vereinigung aller Schulverbände darstellt, ein von dem Staate durchaus verschiedenes Rechtssubjekt. Sie übernimmt nach § 39 VBG. die Zahlung der Dienstbezüge an die Lehrer und die Zahlung des Ruhegehaltes, und es sind deshalb auch diejenigen Klagen, mit welchen ein Leistungsanspruch auf Dienstbezüge oder Ruhegehalt geltend gemacht wird, gegen sie zu richten. Um die Geltendmachung eines solchen Leistungsanspruches handelt es sich aber hier nicht. Daß dem Kl. seine Dienstbezüge oder sein Gehalt in bestimmter Höhe zustehen und daß er einen Anspruch auf Leistung dieser Bezüge gegen die Landesschulkasse hat, ist weder im Verhältnis des Kl. zur Landesschulkasse, noch unter den Parteien streitig. Streit besteht vielmehr nur darüber, ob und inwieweit der Anspruch des Kl. auf Auszahlung der ihm unbestritten zustehenden Bezüge infolge der gegen ihn ergangenen Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse auf die Pfändungspfandgläubiger übergegangen und infolgedessen bei der Auszahlung der Bezüge von der die Auszahlung bewirkenden Stelle zu beachten ist. Für diesen in Form der Feststellungsklage auszutragenden Streit muß aber der Bekl. als passiv legitimiert angesehen werden. Nach § 39 VBG. übernimmt zwar die Landesschulkasse die Zahlung der Dienstbezüge und des Ruhegehalts. Die Auszahlung erfolgt aber nicht durch Angestellte der Landesschulkasse selbst, sondern durch die Generalstaatskasse bzw. die ihr nachgeordneten Regierungshauptkassen, also durch Kassen des bekl. Staates. Diese führen nach § 37 Abs. 2 VBG. die Kassengeschäfte der Landesschulkasse unentgeltlich und erledigen damit kraft gesetzlichen Auftrags als die Geschäfte der Landesschulkasse führende Stellen auch das Zahlungsgeschäft. Die Erledigung des Zahlungsgeschäftes schließt aber die Prüfung der Legitimation der Empfangsberechtigten in sich. Wenn deshalb auch die Regierungshauptkassen die Kassengeschäfte für die Landesschulkassen führen, so beruht doch das Auszahlungsgeschäft, d. i. die Auszahlung der dem einzelnen Gehalts- bzw. Ruhegehaltsberechtigten aus der Landesschulkasse zustehenden Bezüge an die jeweils zum Empfang legitimierten Personen auf eigener Entschließung der Beamten der Regierungshauptkassen. Ihnen liegt die Prüfung der Legitimation zur Einziehung, z. B. der Vollmacht oder der Berechtigung, auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses einen Teil des Gehalts zu erheben, in eigener Entschließung ob. Sie sind diejenigen Stellen, denen gegenüber Drittberechtigte ihren Anspruch auf Auszahlung von Gehaltsteilen Bezugsberechtigter geltend zu machen haben, und ebenso wird der Bezugsberechtigte ihnen gegenüber Schadensersatzansprüche auf Grund des Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. geltend machen können, wenn Beamte der Zahlstelle unter Verletzung ihrer Amtspflicht Auszahlungen an nicht empfangsberechtigte Dritte vorgenommen haben sollten. Aus diesen Erwägungen ist ein rechtliches Interesse des Kl. an der von ihm begehrten Feststellung zu bejahen. Es handelt sich nicht, wie die Rev. geltend macht, lediglich um eine in die Form einer Feststellung gekleidete theoretische Entscheidung einer Rechtsfrage, es kommen vielmehr rechtliche Beziehungen zwischen der Regierungshauptkasse, einer Einrichtung des Bekl., und denjenigen, die die Einziehungsberechtigung als Pfändungspfandgläubiger des Kl. für sich in Anspruch nehmen, in Betracht, an deren Feststellung auch der Kl. als Gehalts- bzw. Ruhegehaltsempfänger ein rechtliches Interesse hat. Wie in der Rspr. anerkannt ist, können auch Rechtsbeziehungen des Bekl. zu einem Dritten den Gegenstand einer Feststellungsklage bilden, sofern nur ein rechtliches Interesse des Kl. an der alsbaldigen Feststellung gegeben ist (RGZ. 128, 92 und RG.: Gruch. 68, 33).

Das BG. hat nun freilich die Zulässigkeit der erhobenen Feststellungsklage insoweit, als sie sich auf die Vergangenheit beziehen sollte, deshalb verneint, weil in diesem Umfange die Leistungsklage habe erhoben werden können. Damit hat es aber die Grenzen einer Feststellungsklage zu eng gezogen. Zwar ist nach der Rspr. für den Regelfall ein rechtliches Interesse an der Durchführung der Feststellungsklage da nicht anzuerkennen, wo die Leistungsklage hätte erhoben werden können. Im vorl. Falle wäre dem Kl. aber mit der Leistungsklage auf Zahlung bisher unrechtmäßig an die Gläubiger abgeführter Gehaltsteile nur unvollständig gedient. Ihm kommt es darauf an — und das ist der Gegenstand seines Feststellungsbegehrens —, sowohl für die Vergangenheit als auch für die Gegenwart und Zukunft festgestellt zu sehen, ob und inwieweit die Regierungshauptkasse verpflichtet war und ist, die gegen ihn ergangenen Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse mit Rücksicht auf die erfolgte Gehaltsabtretung bei der ihr obliegenden Gehaltsauszahlung zu beachten. Das RG. hat in RGZ. 129, 31 = JW. 1931, 656 von dem Bestreben geleitet, im Interesse der Feststellungskläger den § 256 ZPO. weit und frei auszulegen, ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung trotz Möglichkeit der Erhebung einer Leistungsklage namentlich dann für vorliegend erachtet, wenn die Erwartung berechtigt ist, daß ein Dritter, insbes. eine Behörde, die Entscheidung auch ohne den Zwang der Rechtskraft anerkennen und zum Anlaß von Maßnahmen nehmen werde, die im Interesse des Feststellungsklägers liegen. Aus diesem Gesichtspunkte heraus muß für den vorl. Fall der Feststellungsanspruch nach § 256 ZPO. auch insoweit als zulässig erachtet werden, als er sich auf die Vergangenheit bezieht.

II. Die Rev. wendet sich ferner mit Recht gegen die Annahme des BG., der Kl. habe nur die Möglichkeit, im Wege des § 766 ZPO. durch Erhebung der Erinnerung gegenüber den pfändenden Gläubigern die von ihm behauptete Unpfändbarkeit seines Gehalts geltend zu machen. Allerdings ist in der Rspr. des RG. anerkannt, daß die auf Bestimmungen der ZPO. und des materiellen Rechts gegründeten Einwendungen der Unpfändbarkeit gepfändeter Forderungen oder anderer Vermögensrechte nur in dem durch § 766 Abs. 1 ZPO. vorgesehenen Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht und insbes. nicht auch im Wege des ordentlichen Prozesses geltend gemacht werden können (vgl. JW. 1900, 839[3]; 1903, 50[19]; RGZ. 93, 77). In RGZ. 66, 233 hat das RG. es jedoch bereits für zulässig erachtet, daß der von dem Pfändungspfandgläubiger in Anspruch genommene Drittschuldner im Prozeßverfahren dem Kl. den Einwand der Unpfändbarkeit der gepfändeten Forderung entgegensetzt, wenn die Unpfändbarkeit nicht allein auf die prozessuale Bestimmung des § 850 ZPO. gestützt werde, sondern in dem materiellrechtlichen Schuldverhältnis, in der eigentlichen materiellen Rechtsstellung des Schuldners ihren Grund habe. Eine ähnliche Erwägung muß auch für den vorl. Fall Platz greifen. Auch hier wird die Einwendung des Schuldners nicht lediglich auf § 850 ZPO. gestützt. Nach den Feststellungen des BG. lauten die gegen den Kl. erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse dahin, daß der dritte Teil des monatlich 165 RM

übersteigenden Diensteinkommens gepfändet wird. Ihr Inhalt hält sich damit völlig im Rahmen der durch § 850 Abs. 2 ZPO. (in der zur Zeit des Erlasses der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse geltenden Fassung) gezogenen Grenzen. Zu einer Einwendung gegen die Art und Weise der vom Vollstreckungsgericht vorgenommenen Zwangsvollstreckung gemäß § 766 ZPO. bestand für den Kl. kein Anlaß. Dieser beruft sich deshalb auch nicht etwa darauf, daß die durch das Vollstreckungsgericht veranlaßten Maßnahmen unzulässig seien, er macht vielmehr geltend, daß die im Zwangsvollstreckungsverfahren ordnungsmäßig erlassenen Pfändungsbeschlüsse materiellrechtlich nicht diejenige Wirkung ausübten, die ihnen nach der Auffassung des Bekl. beizumessen sei. In Frage steht, ob zufolge der materiellrechtlichen Vorschrift des Ges. v. 30. Juni 1927 durch die Abtretung des Gehaltes in Höhe von 104,25 RM monatlich an die Heimstättengesellschaft der der Pfändung nach § 850 Abs. 2 ZPO. an sich unterliegende und durch die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse gepfändete Teil des Gehalts bereits ganz oder teilweise erschöpft ist, insoweit also dem Kl. eine Forderung nicht mehr zusteht. Es ist daher im Grunde keine die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen als solche betreffende Frage, sondern die Frage nach den materiellrechtlichen Auswirkungen dieser Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einerseits und der auf Grund des Gesetzes v. 30. Juni 1927 erfolgten Abtretung andererseits, die den Gegenstand des Rechtsstreits bildet. Die Auffassung des BG., auch diese Frage dürfe der Kl. nur im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. zur Entscheidung bringen, ist hiernach nicht zu billigen.

III. Halten hiernach zwar die bisher erörterten Gesichtspunkte, auf welche das BG. seine die Klage abweisende Entscheidung gestützt hat, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, so kann doch im Endergebnis die Rev. keinen Erfolg haben. Das BG. hat in einer Schlußerwägung auch noch zu der Frage der materiellrechtlichen Auswirkung der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Hinblick auf die nach dem Gesetz vom 30. Juni 1927 erfolgte Abtretung Stellung genommen. Es gelangt in den sich hierauf beziehenden Ausführungen ebenfalls zu einer Verneinung des Feststellungsanspruches. Soweit die Rev. sich hiergegen richtet, ist sie nicht begründet.

Für die preußischen Beamten ist durch Art. 81 EGBGB. das nach § 163 Anh. zur AllgGerO. I 24 § 108 bestehende Verbot der Verfügung über das Diensteinkommen und die Pension aufrechterhalten worden. Diese sich daraus i. Verb. m. § 400 BGB. ergebende Unpfändbarkeit der Dienstbezüge erleidet eine Ausnahme durch die im § 850 ZPO. getroffene reichsgesetzliche Regelung, wonach abweichend von dem im § 850 Abs. 1 Nr. 8 ZPO. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze der Unpfändbarkeit der Dienstbezüge der Offiziere, Beamten, Lehrer an öffentlichen Anstalten im Absatz 2 die Pfändung insoweit zugelassen ist, als das Diensteinkommen oder die sonstigen Bezüge die Summe von monatlich 165 RM übersteigen. Durch § 1 RGes. über die Abtretung von Beamtenbezügen zum Heimstättenbau v. 30. Juni 1927 (RGBl. I, 133) ist nun für die Beamten usw. die Abtretung bis zu zwei Drittel des Betrages, um den ihr Diensteinkommen, Ruhegehalt und ihre sonstigen laufenden Bezüge mit Ausnahme etwaiger Dienstaufwandsentschädigungen die Summe von insgesamt 1560 RM für das Jahr übersteigen, zu einem der im § 2 des Gesetzes genannten Zwecke, nämlich für die Beschaffung, Verzinsung und Tilgung von Darlehen, die zum Zwecke des Erwerbes oder der Errichtung einer Wohnheimstätte nach Maßgabe des RHeimstG. v. 10. Mai 1920 oder zu einem diesem gleichgestellten Zwecke gewährt oder zugesagt sind, unter den im Gesetze vorgesehenen Voraussetzungen gestattet worden. Von diesem Rechte hat der Kl. im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen Gebrauch gemacht, indem er 104,25 RM von seinen monatlichen Dienstbezügen der Heimstättengesellschaft fortlaufend für die Dauer der Sparzeit von 20 Jahren abgetreten hat. Streitig ist unter den Parteien, wie sich diese Abtretung unter den Pfändungspfandgläubigern des Kl. in bezug auf den Umfang der von ihnen in die Gehalts- bzw. Ruhegehaltsforderung des Kl. ausgebrachten Pfändungen auswirkt. Während der Kl. den Standpunkt vertritt, daß durch die Abtretung der nach § 850 Abs. 2 ZPO. pfändbare Teil seiner Bezüge erschöpft und die durch die Pfändungsbeschlüsse ausgesprochene Pfändung dieses pfändbaren Teiles gegenstandslos sei, ist der Bekl. der Auffassung, daß der nach § 850 Abs. 2 ZPO. pfändbare Teil der Dienstbezüge ohne Rücksicht auf die erfolgte Abtretung zu berechnen und die Pfändung in der sich hiernach ergebenden Höhe des pfändbaren Teiles neben der Abtretung wirksam sei. Das BG. hat sich dieser letzteren Auffassung angeschlossen. Ihr ist beizutreten.

Nach der dem Gesetzentwurf beigegebenen Begründung (Verhandlungen des RT. III. Wahlper. 1924 Bd. 411 Drucks. Nr. 2683) ist das Gesetz v. 30. Juni 1927 aus der Notwendigkeit heraus geschaffen, die zahlreichen wohnungslosen und in Notwohnungen untergebrachten Beamten sobald wie möglich in geordnete Wohnungsverhältnisse zu überführen. Gleichzeitig ist in der Begründung darauf hingewiesen, daß gerade unter den Beamten der überall vorhandene Drang nach Eintausch großstädtischer Mietwohnungen gegen Wohnheimstätten mit Gartenland zu beobachten sei. Beiden Bedürfnissen sollte das in Aussicht genommene Gesetz dienen, indem ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel den Beamten die Möglichkeit geschaffen wurde, auf dem Wege des Zwecksparsystems gegen gleichzeitig fortlaufende Abtretung eines Gehaltsteiles Mittel zum Erwerbe einer eigenen Heimstätte zu erhalten. Um diesen Zweck zu erreichen, mußten die die Abtretungsbefugnis des Beamten stark einschränkenden gesetzlichen Bestimmungen — die Begründung weist auf § 400 BGB., auf § 850 ZPO. und auch auf den Ausschluß der Abtretung sämtlicher Bezüge in Preußen hin — abgeändert werden, indem für diese Zwecke die Abtretungsgrenze erweitert und die einmal erfolgte Abtretung für unabänderlich erklärt wurde. Der gesetzliche Pfändungsschutz bleibe, so heißt es in der Begründung, unberührt, ebenso § 400 BGB. Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß es sich um ein ausgesprochenes Zweckgesetz handelt, das die Abtretung nur zu dem einen bestimmten Zwecke, nämlich den Beamten die Möglichkeit des Erwerbes einer Heimstätte zu erleichtern, hat zulassen wollen. Lediglich diesem Zwecke diente die vom Gesetze ausgesprochene Erweiterung der Abtretungsbefugnis. Darüber hinaus war eine Veränderung der Rechtsstellung der Beamten nicht beabsichtigt, insbesondere ist nicht ersichtlich, daß die durch § 850 Abs. 2 ZPO. getroffene Ausnahme von dem im § 850 Abs. 1 ZPO. ausgesprochenen Grundsatze der Unpfändbarkeit des Beamtengehaltes durch die in dem Gesetze v. 30. Juni 1927 getroffene Regelung zuungunsten der Gläubiger des Beamten in ihrer Wirkung hätte abgeschwächt oder eingeschränkt werden sollen. Es wurde deshalb zwar die Abtretung in der im Gesetz vorgesehenen Grenze ohne Rücksicht auf die Frage der Pfändbarkeit und die sich daraus nach § 400 ZPO. sonst ergebende Unzulässigkeit der Abtretung zugelassen, andererseits blieb umgekehrt die Frage der Pfändbarkeit aus dem Gesichtspunkt des § 850 ZPO. von einer auf Grund des besonderen Gesetzes bereits erfolgten Abtretung unberührt. Die beiderseits in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen stehen nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Ein Beamter, der von dem ihm durch das Gesetz v. 30. Juni 1927 gegebenen Rechte der Abtretung eines Gehaltsteiles Gebrauch machen will, muß deshalb sorgsam überlegen, ob er mit Rücksicht auf seine sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse in der Lage sein wird, trotz der durch die Abtretung eintretenden Beschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit durchzuhalten. Die Abtretung erfolgt, wie in der DurchfVO. vom 12. März 1928 (RGBl. I, 61) noch besonders zum Ausdruck gebracht ist, auf eigenes Risiko des Beamten. — Allerdings hat der Gesetzgeber bei der Regelung gleichzeitig auch die Interessen des Sparunternehmens wahren und es auf eine risikofreie Grundlage stellen wollen, wie es in der Begründung zum Gesetzentwurf heißt. Er hat dies aber auch dadurch getan, daß er die Abtretungsgrenze für die Zwecke des Sparsystems erweitert und die einmal erfolgte Abtretung — abgesehen von den besonderen Fällen der Kündigung — für unabänderlich erklärt hat, auch wenn die Dienstbezüge sich nachträglich verringern sollten. Darüber hinaus das Spar-

unternehmen noch zu fördern, lag für den Gesetzgeber keine Veranlassung vor. Die von der Rev. versuchte vergleichsweise Heranziehung der BeamtSiedlVO. v. 11. Febr. 1924 (RGBl. I, 53) zum Zwecke der Auslegung ist schon deshalb nicht angängig, weil gerade der dort eingeschlagene Weg etwa durch Erstreckung dieser Regelung auf Beamte im Dienst und im Ruhestande vom Gesetzgeber bewußt nicht weiter verfolgt worden ist. Andererseits weist das BG. mit Recht auf einige Gesichtspunkte hin, die, wenn auch nicht von ausschlaggebender Bedeutung, so doch seine Auffassung immerhin zu stützen geeignet sind; nämlich einmal darauf, daß der nach § 850 Abs. 2 pfändbare und der nach dem AbtretungsG. abtretbare Gehaltsteil verschiedener Berechnungsweise unterliegen, und ferner auf die sich bei dieser verschiedenen Berechnungsweise aus der vom Kl. vertretenen Auffassung ergebende Folge, daß ein lediger Beamter, der seine Bezüge genau in Höhe des nach § 850 ZPO. pfändbaren Teils abgetreten hat, auf Jahre hinaus vor allen Zugriffen seiner Gläubiger geschützt sein würde, während ein kinderreicher Beamter, der den Abtretungsbetrag schon aus den Kinderbeihilfen zu decken in der Lage wäre, daneben noch die Pfändung nach § 850 Abs. 2 ZPO. über sich ergehen lassen müßte.

Das BG. hat schließlich noch darauf hingewiesen, daß, wenn die Ansicht des Kl. über die Auswirkung des Gesetzes v. 30. Juni 1927 richtig wäre, der bausparende Beamte, der die Kosten seiner Wohnung durch die Abtretung eines Gehaltsteiles bezahlt, dadurch, daß dieser abgetretene Betrag in den der Pfändung unterworfenen Teil des Gehalts einbezogen werden müßte, eine Sonderstellung einnehmen würde gegenüber den übrigen Beamten, die von der Möglichkeit des Erwerbes einer Wohnheimstätte nicht Gebrauch machen, ein Ergebnis, das von dem Gesetzgeber, der den Beamten den Erwerb einer eigenen Wohnheimstätte lediglich hat erleichtern wollen, keinesfalls gewollt ist.

(U. v. 21. Dez. 1934; III 113/34. — Breslau.) [v. B.]
<= RGZ. 146, 290.>

*

9. §§ 59, 94, 95 Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher v. 24. März 1914. Es bedeutet eine Gefährdung des Erfolges einer Zwangsvollstreckung, wenn der GVollz. den Schuldner allgemein von einer bevorstehenden Zwangsvollstreckung benachrichtigen würde. Darum ist die Benachrichtigung des Schuldners in solchen Fällen untersagt. Kommt aber eine solche Gefährdung nicht in Frage, wie z. B. im Fall des § 93 ZwVerstG. (Zwangsvollstreckung auf Räumung aus dem Zuschlagsbeschlusse gegen den Besitzer des Grundstücks), so gelten die allgemeinen Grundsätze, daß auch das Interesse des Schuldners zu wahren und auf seine Wünsche Rücksicht zu nehmen ist. Diese Erwägungen sind nicht so fernliegend, daß ihre Überlegung einem GVollz. nicht zugemutet werden könnte.

Die Kl. B. hatte ein Grundstück von einer Frau W. gepachtet, welche es ihrerseits von dem eingetragenen Eigentümer D. gekauft und übergeben erhalten hatte; eine Auflassung auf Frau W. war nicht erfolgt. Im Jahre 1929 wurde das Grundstück zwangsweise versteigert und von dem Kaufmann Sch. erstanden. Dieser ließ gegen die Kl. auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses durch den GVollz. G. Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks vornehmen. Während der Vollstreckungshandlung erwirkte jedoch der Ehemann der Kl. eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, worauf die inzwischen von dem Grundstück entfernten Möbelstücke und sonstigen Gegenstände wieder zurückgeschafft wurden.

Die Kl. behauptet, daß ihr Mobiliar bei der Wegbringung vom Grundstück und bei der Rückschaffung der Sachen beschädigt worden sei, und daß hierin eine von dem GVollz. ihr gegenüber begangene Amtspflichtverletzung liege, weil dieser bei der Ausräumung und Rückverbringung der Sachen nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. die Berufung zurückgewiesen.

Zu den Vorschriften in § 94 Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher v. 24. März 1914 (GVollzGeschAnw.), im besonderen zu § 94 Nr. 1 Satz 3, der in Ausführung des § 885 ZPO. Bestimmungen über das Verhalten des GVollz. für den Fall trifft, daß sich in einer zu räumenden Wohnung ein Schwerkranker oder eine Wöchnerin befinden, sind verschiedene im PrJMBl. veröffentlichte AllgVfg. ergangen, die im Hinblick auf die herrschende Wohnungsnot das Verfahren der GVollz. bei der Räumung von Wohnräumen im Wege der Zwangsvollstreckung regeln (abgedr. bei Sattelmacher-Lenz, Das Gerichtsvollzieherwesen in Preußen, 1930, Anh. Nr. 43a—d S. 386/87). In Ergänzung der Vorschrift in § 94 Nr. 1 Satz 3 Halbs. 2 GVollzGeschAnw. ist dortselbst bis auf weiteres angeordnet, daß der GVollz. vor der Räumung von Wohnungen in allen Fällen, in denen es zweifelhaft ist, ob die aus dem Besitze zu setzenden Personen sofort ein anderes Unterkommen finden können, wegen der Unterbringung dieser Personen die Mitwirkung der Ortspolizeibehörde zu erbitten hat. Das BG. unterstellt die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den vorliegenden Fall, obwohl es Bedenken hat, ob von einer herrschenden Wohnungsnot noch die Rede sein könne; es unterstellt auch, daß der GVollz. die Benachrichtigung der Ortspolizeibehörde schuldhaft unterlassen habe, vermißt aber selbst im Falle einer Obdachlosigkeit der Kl. den Nachweis, daß gerade das Fehlen einer Unterkunft für die eingetretenen Schäden an den Möbeln ursächlich gewesen wäre. Da es nach den getroffenen Feststellungen zu einer Obdachlosigkeit der Kl. und ihrer Familienangehörigen infolge Einstellung der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht gekommen ist, so läßt sich der Standpunkt des BG. rechtlich nicht beanstanden, auch ist ein Revisionsangriff nach dieser Richtung nicht erhoben.

Das BG. stellt fest, daß eine Benachrichtigung der Kl. von der bevorstehenden Räumung durch den GVollz. nicht erfolgt ist. Aus der Bestimmung in § 59 Nr. 1 Satz 7 GVollzGeschAnw. leitet es eine Amtspflicht des GVollz. zu einer derartigen Benachrichtigung des Schuldners über die bevorstehende Zwangsvollstreckung her, und nimmt daher an sich in diesem Punkte eine Amtspflichtverletzung durch den GVollz. an; es erachtet jedoch diese Amtspflichtverletzung nicht als eine zum Schadensersatz verpflichtende Unterlassung, da sich nach der Fassung des § 59 Nr. 1 Satz 7 GVollzGeschAnw. ein Verschulden des GVollz. nicht feststellen lasse.

Bei Entscheidung der Frage nach dem Bestehen einer Amtspflicht des GVollz. zur vorherigen Benachrichtigung des Schuldners von der Räumung eines Grundstücks ist dem BG. beizutreten, nicht aber bei Verneinung der Verschuldensfrage. Im einzelnen ist die Rechtslage wie folgt zu beurteilen:

§ 59 Nr. 1 Satz 7 GVollzGeschAnw., deren Vorschriften im Interesse der Parteien gegeben sind, deren Befolgung daher zu den Amtspflichten des GVollz. gehört (RGZ. 51, 261), bestimmt: „Die vorherige Benachrichtigung des Schuldners über eine bevorstehende Zwangsvollstreckung ist jedoch mit Ausnahme der in § 94 GVollzGeschAnw. genannten Fälle zu unterlassen."

Diese Bestimmung darf, wie schon der Gebrauch des Wortes „jedoch" zeigt, nicht allein und aus ihrem Zusammenhang gelöst betrachtet werden. Sie schließt sich unmittelbar an die vorausgehenden Sätze an. Der § 59 GVollzGeschAnw. regelt, wie seine Überschrift besagt, das Verhalten des GVollz. bei der Zwangsvollstreckung. Nachdem in den ersten drei Sätzen des Abs. 1 die zur Wahrung der Belange des Gläubigers erforderlichen Anordnungen getroffen sind, bestimmt Satz 4, neben dem Interesse des Gläubigers habe der GVollz. auch das des Schuldners insoweit zu wahren, als es ohne Gefährdung des Erfolges der Zwangsvollstreckung geschehen könne. Nach Satz 5 ist jede unnötige Schädigung oder Ehrenkränkung des Schuldners, sowie die Erregung überflüssigen Aufsehens zu vermeiden. In Satz 6 wird sodann dem GVollz. vorgeschrieben, auf etwaige Wünsche des Gläubigers oder des Schuldners betreffs der Ausführung der Zwangsvollstreckung

Rücksicht zu nehmen, soweit dies ohne überflüssige Kosten und Weitläufigkeiten und ohne Beeinträchtigung des Zwecks der Vollstreckung angängig ist. An diese drei zur Wahrung der Belange des Schuldners getroffenen Anordnungen reiht sich nun als Einschränkung die oben wiedergegebene Bestimmung in Satz 7, wonach die vorherige Benachrichtigung des Schuldners über eine bevorstehende Zwangsvollstreckung mit Ausnahme der in § 94 GVollzGeschAnw. genannten Fälle zu unterlassen sei. Nach ihrer Stellung im System kann es nicht zweifelhaft sein, was mit diesen Vorschriften bezweckt wird. Es soll auch auf die Belange des Schuldners jede billige Rücksicht insoweit genommen werden, als es ohne Gefährdung des Erfolges der Zwangsvollstreckung geschehen kann. Eine solche Gefährdung würde es aber bedeuten, wenn der GVollz. den Schuldner allgemein von einer bevorstehenden Zwangsvollstreckung benachrichtigen würde. Denn da, wo es sich um Pfändungen beweglicher Sachen handelt, würde eine vorherige Benachrichtigung des Schuldners für diesen geradezu einen Anreiz bilden, die der Pfändung unterworfenen Sachen beiseite zu schaffen und so die bevorstehende Zwangsvollstreckung zu vereiteln. Darum wird die Benachrichtigung des Schuldners in solchen Fällen untersagt. Ausgenommen von diesem Verbot sind aber wieder die in § 94 GVollzGeschAnw. genannten Fälle. Zu diesen gehört nach § 95 GVollzGeschAnw. auch der Fall des § 93 ZwVerstG., wonach aus dem Beschlusse, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, gegen den Besitzer des Grundstücks oder einer mitversteigerten Sache die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe stattfindet. Diese Zwangsvollstreckung geschieht im Auftrage des Erstehers nach den Vorschriften des § 94 GVollzGeschAnw. Da in allen diesen von dem Verbot der vorherigen Benachrichtigung des Schuldners ausgenommenen Fällen eine Gefährdung des Erfolges, soweit es sich um die Zwangsvollstreckung auf Räumung handelt, nicht in Frage kommt, so gelten für diese Fälle wieder die allgemeinen Anordnungen, wonach auch das Interesse des Schuldners zu wahren und auf seine etwaigen Wünsche betreffs der Ausführung der Zwangsvollstreckung Rücksicht zu nehmen ist.

Aus § 59 Abs. 1 Satz 7 GVollzGeschAnw. allein und unmittelbar läßt sich allerdings eine Benachrichtigungspflicht des GVollz. nicht herleiten, da diese Bestimmung in erster Reihe ein Verbot ausspricht. Eine solche Verpflichtung für den Fall der Zwangsvollstreckung auf Räumung ergibt sich aber unzweideutig aus dem Zusammenhang der in § 59 Abs. 1 zusammengefaßten Vorschriften, namentlich aus den in Satz 4, 5 und 6 aufgestellten allgemeinen Grundsätzen in Verbindung mit der in Satz 7 für die hier einschlägigen Fälle der §§ 94, 95 GVollzGeschAnw. gemachten Ausnahme von dem Benachrichtigungsverbot.

Diese Erwägungen sind aber auch durchaus nicht so fernliegend, daß ihre Anstellung dem GVollz., der die Vorschriften der §§ 59 Abs. 1, 94, 95 GVollzGeschAnw. kennen und in ihrem Zusammenhang prüfen und auslegen muß, nicht angesonnen werden könnte. Der „negative Wortlaut“ des § 59 Nr. 1 Satz 7, den das BG. für die Verneinung der Verschuldensfrage des GVollz. als entscheidend ansieht, mag die Auslegung etwas erschweren; sein Sinn und seine Bedeutung ist aber bei Berücksichtigung des übrigen Inhalts von § 59 Nr. 1 für einen verständigen, mitten im Leben stehenden Beamten, wie es der GVollz. sein muß, ohne besondere Schwierigkeit zu erkennen. Gerade die ausdrückliche Einschränkung des Benachrichtigungsverbots in § 59 Abs. 1 Satz 7 legt dem GVollz. für die von dem Verbot ausgenommenen Fälle schon ohne weiteres eine Prüfung der Frage nach der Notwendigkeit einer Benachrichtigung nahe.

Die Auslegung kann dem GVollz. um so weniger Schwierigkeiten bereiten, wenn er sich vor Augen hält, wie sich die Sachlage bei Unterlassung jeder Benachrichtigung des Schuldners gestalten wird und im vorliegenden Falle tatsächlich gestaltet hat. Es geht nicht an und kann nicht als eine zulässige Amtsausübung angesehen werden, eine aus vier oder fünf Köpfen bestehende Familie im strengsten Winter aus dem Besitz eines Grundstücks zu setzen, ihre Wohnungseinrichtung für fünf Räume auf das freie Feld fahren und dort unverpackt im Schnee abstellen zu lassen, noch dazu, ohne daß sich der GVollz. mit der Ortspolizeibehörde in Verbindung gesetzt und sich vergewissert hatte, daß den exmittierten Personen ein anderes Obdach zur Verfügung stehe. Aus der Betrachtung dieser Sach- und Rechtslage ergibt sich ferner ohne weiteres, daß der GVollz. auch schuldhaft gehandelt hat durch Unterlassung einer vorherigen Verständigung des Schuldners. Eine schuldhafte Verletzung der dem GVollz. der Kl. gegenüber obliegenden Amtspflicht zur vorgängigen Benachrichtigung von der Räumung muß im vorliegenden Falle auch dann angenommen werden, wenn man die Ansicht des BG. teilt, daß eine Benachrichtigung des Schuldners in das pflichtmäßige Ermessen des GVollz. gestellt ist, wofür die allgemeine Fassung der in § 59 Abs. 1 Satz 4 und 5 gegebenen Richtlinien spricht. Denn dann hat der GVollz. bei Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens in so hohem Maße fehlsam gehandelt, daß sein Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Amtsausübung zu stellenden Anforderungen unvereinbar ist, wie nach den vorstehenden Ausführungen keiner näheren Darlegung mehr bedarf (RGZ. 121, 232 ff. = JW. 1928, 2019). Daß aber die Anführungen der Kl. über eine Schadensverhütung im Falle vorheriger Benachrichtigung durch den GVollz. erheblich sind, erkennt das BG. selbst an.

Gegen diese Erwägungen läßt sich nach den bis jetzt getroffenen Feststellungen nicht einwenden, daß der Schuldner durch das Bestehen eines vollstreckbaren Titels, von dem er Kenntnis hat, auf eine bevorstehende Zwangsvollstreckung hingewiesen ist, und daß es ihm überlassen bleiben muß, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um durch die Entsetzung nicht überrascht zu werden. Bei der weiteren Prüfung dieser Frage, die dem Tatrichter überlassen bleiben muß, wird von den besonderen Umständen des zur Entscheidung stehenden Falles auszugehen sein. Das Vorbringen der Kl., daß sie an ein bestehendes Recht zum Besitz des Grundstücks geglaubt habe und der Überzeugung gewesen sei, daß dieses durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung nicht erloschen sei (§ 93 ZwVerstG.), ist in den vorderen Rechtszügen nicht widerlegt worden. Es wird zu beachten sein, daß in dem Zuschlagsbeschluß vermerkt ist, das Grundstück sei „unter folgenden Bedingungen zugeschlagen: 1. bezüglich des Grundstücks besteht Pachtvertrag mit B. v. 9. April 1929“. Wenn nun auch in den Vorprozessen B. gegen Fiskus festgestellt und ausgesprochen worden ist, die Kl. hätte keinen Anspruch darauf gehabt, daß das Fortbestehen des Pachtverhältnisses mit W. als Versteigerungsbedingung aufgenommen werde, und ihr obligatorischer Anspruch gegen Frau W. habe kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht i. S. des § 37 Nr. 4 ZwVerstG. dargestellt, so wird doch zu prüfen sein, ob diese Rechtsverhältnisse vor Beginn der Zwangsvollstreckung auf Räumung für die Kl. und ihren Ehemann zu überblicken waren. Für das Überzeugtsein der Kl. von dem Bestehen ihres Rechtes scheint jedenfalls die Tatsache zu sprechen, daß sich der Ehemann B. nach Beginn der Vollstreckungshandlung zum AG. begeben und dort einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt, daß das AG. diesem Antrag stattgegeben und das LG. die sofortige Beschwerde des Gläubigers gegen diesen Einstellungsbeschluß als unbegründet zurückgewiesen hat. Ob durch diese Beschlüsse nicht zugleich dargetan ist, daß die Annahme der Kl. von dem Weiterbestehen des Pachtverhältnisses und von dem Vorhandensein ihres Rechtes auf den Besitz des Grundstücks keineswegs der Grundlage entbehrte, wird von dem BG. gleichfalls zu entscheiden, und es wird dabei der Vortrag der Kl. zu berücksichtigen sein, daß sie im Falle einer vorgängigen Benachrichtigung von der Räumung den Einstellungsbeschluß schon vor Beginn der Vollstreckungshandlung erwirkt hätte, und daß dadurch die Entstehung jeglichen Schadens verhütet worden wäre, und zwar ohne jeden Unterschied, ob eine pflegliche oder eine unsachgemäße Behandlung der Möbelstücke bei der Entsetzung stattgefunden hat.

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten werden. In dem weiteren Berufungsverfahren wird die Klagebegründung Anlaß geben,

der Frage näher zu treten, ob die Verletzte nicht auf andere Weise, etwa auf Grund des § 571 BGB. bei dem Erwerber des Grundstücks oder auch bei der Verpächterin Ersatz zu erlangen vermag (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

(U. v. 22. Febr. 1935; III 247/34. — Königsberg.) [v. B.]

*

10. § 91 RhKrO. v. 30. Mai 1887. Ein Vertrag, der auf Grund eines Beschlusses des Kreisausschusses abgeschlossen wird, bevor dieser Beschluß durch einen Beschluß des Bezirksausschusses genehmigt worden ist, ist nichtig, nicht schwebend unwirksam. An der in einer beiläufigen Bemerkung am Schlusse des Urt. JW. 1933, 1407[27] ausgesprochenen gegenteiligen Auffassung wird nicht festgehalten.

(U. v. 21. Febr. 1935; VI 394/34. — Düsseldorf.) [H.]

Reichsgericht: Strafsachen

Berichtet von Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden

11. §§ 176 Ziff. 3, 185 StGB.; § 354 Abs. 1 StPO. Eine Verurteilung aus § 176 Ziff. 3 StGB. schließt für den Regelfall die gleichzeitige Anwendung des § 185 StGB. aus. Das RevG. kann, wenn es nach den tatrichterlichen Feststellungen den Anklagetatbestand gegen den im vorangehenden Rechtsgang freigesprochenen Angekl. für gegeben erachtet, insoweit bereits dessen Verurteilung aussprechen und die Sache nur zwecks Straffestsetzung an das Vordergericht zurückverweisen. †)

Der — vom LG. freigesprochene — Angekl. hat eine Tätigkeit ausgeübt, die sich als Beginn wenigstens einer zum gesetzlichen Tatbestand des Verbrechens aus § 176 Nr. 3 StGB. gehörenden Handlung darstellt. Es hätte deshalb schon auf Grund des bisher festgestellten Sachverhalts eine Verurteilung wegen versuchten Sittlichkeitsverbrechens ausgesprochen werden müssen.

Eine gleichzeitige Verurteilung wegen Beleidigung ist unzulässig, weil gegen das Sittlichkeitsverbrechen ein besonderes Strafgesetz gerichtet ist, das die Anwendbarkeit der allgemeinen Strafvorschrift des § 185 StGB. in der Regel ausschließt (RGSt. 45, 344; 65, 338; Urt. 5 D 415/34). Dieselbe Erwägung greift auch da Platz, wo es sich nur um einen Versuch des Sittlichkeitsverbrechens handelt. Ob etwa in dem Falle auf eine Strafe wegen Beleidigung zu erkennen wäre, wo der Versuch des Sittlichkeitsverbrechens aus § 46 Nr. 1 StGB. hätte straflos bleiben müssen (vgl. RGSt. 68, 207 = JW. 1934, 2062), braucht nicht geprüft zu werden, weil dieser Fall hier nicht gegeben ist.

Da es weiterer tatsächlicher Feststellungen nicht bedarf, konnte der oben festgestellte Mangel von hier aus unter Aufhebung des Urt. ausschließlich der tatsächlichen Feststellungen durch Verurteilung des Angekl. wegen versuchten Verbrechens gegen § 176 Nr. 3 StGB. in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. behoben werden.

(5. Sen. v. 4. März 1935; 5 D 109/35.) [W.]

Anmerkung: In sachlichrechtlicher Beziehung gründet sich das obige Urteil auf die jetzt stetige Rspr. des RG. Soweit es verfahrensrechtliche Fragen des § 354 Abs. 1 StPO. berührt, ist ihm beizupflichten. Hierbei folgt die Entsch. dem Bestreben, die Befugnis des RevG., in der Sache selbst zu entscheiden, über die Grenzen des § 354 Abs. 1 StPO. hinaus durch entsprechende Anwendung dieser Bestimmung zu erweitern.

Da der vom Tatrichter festgestellte Sachverhalt eine Verurteilung wegen versuchten Verbrechens gegen § 176 Ziff. 3 StGB. rechtfertigte, der Angekl. aber rechtsirrtümlich freigesprochen worden war, hat das RG. unter Aufrechterhaltung der Schuldfeststellungen den Angekl. wegen versuchten Verbrechens gegen § 176 Ziff. 3 StGB. verurteilt und lediglich zwecks Straffestsetzung die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an den Vorderrichter zurückverwiesen. Als Rechtsfolge ergibt sich, daß der Vorderrichter sich nur noch insoweit mit der Sache befassen kann, als die noch ausstehende Strafe zu finden ist. Die neue Verhandlung darf auf die Schuldfrage, die in Rechtskraft erwachsen ist, nicht übergreifen; die Beweisaufnahme hat sich dementsprechend lediglich auf Tatsachen, die für die Strafbemessung von Bedeutung sind, zu beschränken.

Es erhebt sich die Frage, ob durch diese Vorabentscheidung, die das RG. über die Schuldfrage trifft, die Belange des Angekl. nicht zu Unrecht geschmälert werden und deshalb im vorl. Falle eine entsprechende Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. zu verneinen wäre. Mit Recht hat früher Oetker (JW. 1929, 257) Einwendungen erhoben, als das RG. (JW. 1929, 257[14]) ein wegen Begünstigung ergangenes Urteil mit der Maßgabe aufrechterhalten hatte, daß wegen Beihilfe zur Hehlerei zu verurteilen sei. Bezüglich der Strafzumessung hatte das RG. damals ausgeführt, daß nach deren Begründung im tatrichterlichen Urteile kein Zweifel darüber obwalten könnte, daß der Vorderrichter auch bei zutreffender rechtlicher Würdigung die Strafe nicht niedriger bemessen hätte. Abgesehen davon, daß eine derartige Beurteilung des Sachverhaltes außerhalb der Aufgaben eines Rechtsrügegerichts steht, dürfte die Begründung auch sonst nicht zwingend sein. Und wenn das RG. zur Rechtfertigung seiner Entsch. s. Z. hinzugefügt hat, daß es ausgeschlossen erscheine, daß die Verteidigung des Angekl. gegenüber dem maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte eine andere gewesen wäre, so erhöht m. E. dieser Entscheidungsgrund nur die tatsächlich bestehenden Bedenken. Es bedarf dabei nur des Hinweises auf § 265 StPO. Zu einschränkend ist andererseits das OLG. Dresden: JW. 1928, 432[24] verfahren, das eine Berichtigung eines Strafausspruchs abgelehnt hat, als der Tatrichter unter Verletzung des § 358 Abs. 2 StPO. (Verbot der reformatio in peius) zu einer Erhöhung der ursprünglich erkannten Strafe gelangt war. Das OLG. Dresden hat in diesen Fällen die Vorderurteile insoweit aufgehoben und zur neuen Strafenbildung zurückverwiesen, während m. E. keine Bedenken bestanden hätten, von einer Zurückverweisung abzusehen und die Strafe selbst — nämlich im Hinblick auf das Verbot der reformatio in peius in Höhe der ursprünglich ausgeworfenen — festzusetzen (vgl. Alfr. Weber: JW. 1928, 432).

Allgemeine Bedeutung kommt dem angeführten Urteil des RG.: JW. 1929, 257[14] aber dadurch zu, daß es die Grenzen erkennbar werden läßt, die einer entsprechenden Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. gezogen sind. Sie richten sich dort auf, wo die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, daß sich eine entsprechende Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. einschränkend für die Prozeßbeteiligten und die Rechtsfindung auswirken kann.

Gegen die Vorabentscheidung der Schuldfrage in der obigen Entsch. des RG. sich zu wenden, besteht auch unter diesem Gesichtspunkt kein Anlaß. Daß die Beschränkung der neuen Verhandlung auf die Straffrage den Angekl. einengt, ist zwar offensichtlich. Die Vorabentscheidung des RG. steht jeder Aufrollung der Schuldfrage entgegen. Beweisanträge, die die Entlastung des Angekl. in der Schuldfrage erstreben, dringen nicht mehr durch. Eine unbillige Härte dem Angekl. gegenüber kann hierin jedoch nicht gefunden werden. Denn grundsätzlich soll das RevG. die mit der Rev. angegriffene Entsch. nur insoweit abändern oder durch Zurückverweisung eine Abänderung herbeiführen lassen, als ein Rechtsfehler vorliegt. Der Angekl. wird somit nicht zu Unrecht dadurch beschwert, daß das Verfahren insoweit in Rechtskraft erwächst, als es mängelfrei die Grundlage für seine Schuld geliefert hat. In anderem Zusammenhange hat das RG. für die Rechtsrüge den auch hier verwertbaren Satz aufgestellt (RGSt. 51, 49), daß es eine zwecklose Weiterung wäre, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den Vorderrichter zurückzuverweisen, wenn schon in der RevInst. feststehe, wie in der Sache selbst entschieden werden müsse. Daß die vorl. Entsch. nur eine Teilentscheidung ist, ändert hieran nichts, da die Schuldfrage als abtrennbarer Teil der Entsch. ohne weiteres einer gesonderten Beurteilung unterliegen kann.

Der Schuldspruch des RG. ist hier — im Gegensatz zur Entsch. JW. 1929, 257[14] — tatsächlich nur eine Rechtsfolge aus den vom Tatrichter getroffenen Feststellungen. Damit hat das RG. den Rahmen seiner Aufgaben als Rechtsrügegericht nicht überschritten, sondern in durchaus gesunden Bahnen die Bestimmung des § 354 Abs. 1 StPO. weiterentwickelt.

Für die Vorabentscheidung über die Schuldfrage ist selbstverständlich nur im Rechtsmittelzuge Raum. Die Befugnis zu einer derartigen Teilentscheidung steht dem Erstrichter nicht zu, dessen Urteil in jedem Falle im Rahmen des § 260 StPO. sich bewegen muß.

StA. Dr. Krille, Dresden.

*

12. §§ 396, 410 RAbgO.; § 15 der 2. StAmnVO. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. 493, 503). Die beiden ersten Tatbestände des § 15 der 2. StAmnVO. beziehen sich nur auf solche Vermögenssteuererklärungen, die beim Inkrafttreten des § 15 (22. Sept. 1931) noch nicht abgegeben waren. War eine Vermögenssteuererklärung schon vorher abgegeben und wurde sie nicht berichtigt, so ist der 3. Tatbestand des § 15 Abs. 1 erfüllt. Vor der Bestrafung aus dieser Bestimmung kann der Strafbefreiungsgrund des § 410 RAbgO. nicht schützen. Insoweit ist das RG. anderer Auffassung als der RFH. — Wenngleich die Zuwiderhandlung gegen § 15 Abs. 1 Fall 3 keine Steuerhinterziehung oder -gefährdung darstellt, so ist sie doch § 15 ein Steuergesetz i. S. von § 392 RAbgO. — Einer unzulässigen Unterwerfungsverhandlung gegenüber kommt der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht in Betracht. Schlägt dieser Einwand gegenüber einer zulässigen Unterwerfungsverhandlung durch, so ist eine gezahlte Strafe von der neu erkannten abzurechnen oder, wenn auf Freiheitsstrafe erkannt wurde, die Rückzahlung der Geldstrafe anzuordnen.†)

Der Angekl. hat in den Vermögenssteuererklärungen 1927, 1928 und 1931 — für 1929, 1930, 1932 und 1933 bedurfte es einer solchen nicht — wohl sein sonstiges Vermögen (Grund- und Hausbesitz) angegeben, sein gesamtes Kapitalvermögen aber vorsätzlich verschwiegen. Durch Amnestieanzeige v. 8. Okt. 1931 hat er seine falsche Vermögenssteuererklärung 1931 durch Anmeldung eines Kapitalvermögens von 7039 RM berichtigt. Auf Grund späterer Erhebungen kam das FinA. jedoch zu der Überzeugung, daß der Angekl. am 1. Jan. 1931 ein Kapitalvermögen von 16 112 RM besessen habe, und bestrafte ihn mit Unterwerfungsverhandlung v. 15., genehmigt am 16. Dez. 1933, wegen fahrlässiger Vermögenssteuerverkürzung durch Abgabe einer zu niedrigen Vermögenssteuererklärung 1931 mit einer Geldstrafe von 200 RM. Später stellte sich heraus, daß der Angekl. außer dem bisher bekanntgewordenen Kapitalvermögen noch bis zum 24. Juli 1933 laut Sparbuch Nr. 508 ein Sparguthaben besaß, welches Ende des Jahres 1926 5666 RM betrug und später durch Einzahlungen, die aus dem Vermögen des Angekl. stammten, noch weiter anstieg. Die Behauptung des Angekl., das von Okt. 1924 bis 12. Nov. 1926 auf den Namen seiner Tochter lautende, dann auf seinen eigenen Namen umgeschriebene Sparbuch habe von Anfang an und auch nach der Umschreibung noch seiner Tochter gehört, und er habe diese auch stets als Eigentümerin angesehen, hat das LG. für widerlegt erachtet. Nach Annahme der StrK. stand vielmehr dieses Guthaben von Okt. 1924 bis 24. Juli 1933 dem Angekl. persönlich zu. Nicht richtig ist zwar, daß, wenn Eltern auf den Namen ihrer Kinder ein Sparguthaben anlegen und Einzahlungen aus eigenem Vermögen darauf machen, die Lebenserfahrung dafür spreche, daß das Guthaben nicht Eigentum des betreffenden Kindes sein solle. Aus den übrigen Ausführungen der StrK. aber ergibt sich rechtlich bedenkenfrei, daß im gegebenen Falle die Überschreibung der Vermögenswerte auf die Tochter ohne jede rechtsgeschäftliche Verfügung, auch nicht etwa schenkungsweise, sondern nur zum Schein erfolgt ist, daß also der Angekl. den Betrag aus seinem Vermögen nicht ausscheiden wollte und nicht ausgeschieden hat, und daß sich der Angekl. dessen auch bewußt war.

Das angefochtene Urt. geht davon aus, daß der Angekl., abgesehen von dem Konto 508, auch noch anderes Kapitalvermögen (mit Hinterziehungsvorsatz) nicht angegeben habe, daß aber für eine Verurteilung nur das „durch eine Bestrafung noch nicht abgegoltene Guthaben Nr. 508" in Betracht komme. Das LG. stellt demgemäß fest, daß der Angekl. trotz seiner Verpflichtung hierzu vorsätzlich seit 1927 sein Sparguthaben Nr. 508 in den Steuererklärungen nicht angegeben habe, um nicht zur Vermögenssteuer herangezogen zu werden, und daß er dadurch gleichzeitig in der Vermögenssteuererklärung 1931 vorsätzlich steuerpflichtiges Vermögen von mehr als 3000 RM einer bestehenden Rechtspflicht zuwider nicht angegeben habe, und verurteilt ihn wegen vorsätzlicher (fortgesetzter) Steuerhinterziehung in Tateinheit mit Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnVO. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 503) zu einer Gefängnisstrafe.

Die Annahme einer Vermögenssteuerhinterziehung i. S. des § 396 RAbgO. ist rechtlich bedenkenfrei, ebenso die — nicht ausdrücklich ausgesprochene — Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs (JW. 1935, 292[19]).

Der Angekl. hat die Vermögenssteuererklärung 1931 am 9. Juli 1931 eingereicht. Das Verhalten des Angekl., welches nach Auffassung der StrK. den Verstoß gegen den ersten Tatbestand des § 15 Abs. 1 der 2. StAmnVO. erfüllen soll, war daher bereits am 9. Juli 1931 beendet. § 15 der 2. StAmnVO. ist aber gem. §§ 19 Abs. 2 dortselbst erst am 22. Sept. 1931 in Kraft getreten. Wegen Nichtangabe von Vermögensgegenständen in der Steuererklärung 1931 konnte der Angekl. daher aus dem ersten Tatbestand des § 15 Abs. 1 nicht bestraft werden (§ 2 StGB.). Die beiden ersten Tatbestände des § 15 können sich nur auf solche Vermögenserklärungen beziehen, die beim Inkrafttreten des § 15 noch nicht abgegeben waren und für deren Abgabe gerade durch § 1 Abs. 1 der 2. StAmnVO. i. Verb. m. § 1 VO. v. 17. Okt. 1931 (RGBl. I, 581) die Frist allgemein bis zum Ablauf des 26. Okt. 1931 verlängert wurde. Wohl aber hat sich der Angekl. gegen den vom Gesetzgeber für solche Fälle eigens vorgesehenen dritten Tatbestand des § 15 Abs. 1 dadurch vergangen, daß er in der Zeit v. 22. Sept. bis 26. Okt. 1931 vorsätzlich die bereits abgegebene Vermögenssteuererklärung 1931 nicht entsprechend berichtigt hat. Die Verurteilung des Angekl. aus § 15 ist daher im Ergebnis zu billigen. Daran wird auch durch die Amnestieerklärung v. 8. Okt. 1931 nichts geändert. Die Erklärung war unvollständig, weil sie nicht auch die weiteren (16 112 minus 7039 =) 9073 RM und außerdem das Sparguthaben offenbarte. Nach §§ 18 Nr. 2, 18a der 1. StAmnVO. v. 23. Aug. 1931 (RGBl. I, 449) i. d. Fass. der 2. StAmnVO. war sie daher nicht geeignet, dem Angekl. Steueramnestie zu verschaffen, und keine dem § 15 Abs. 1 Fall 3 der 2. StAmnVO. entsprechende Berichtigung (RGSt. 68, 187 = JW. 1934, 2155). Auch der Strafbefreiungsgrund des § 410 RAbgO. kann den Angekl. von der Bestrafung aus § 15 nicht befreien. Dieser Paragraph hat gerade die vorsätzliche Nichtberichtigung einer Vermögenssteuererklärung 1931 als einen steuerrechtlichen Sonderstraftatbestand neu eingeführt, sie vom Begriff der Steuerhinterziehung i. S. des § 396 RAbgO. losgelöst, indem nämlich die Erfüllung dieses Tatbestandes gar nicht davon abhängt, ob und in welcher Höhe eine Verkürzung der Vermögenssteuer gewollt oder eingetreten ist oder auch nur möglich gewesen wäre (Urt. 1 D 1190/32 [RStBl. 1127]), und hat sie als Sondervergehen unter besonders hohe Strafdrohungen gestellt. Durch Zulassung der Möglichkeit, nachträglich noch auf dem Wege der „tätigen Reue" sich dieser Strafe entziehen zu können, würde dieser Strafdrohung ihre gewollte Schärfe genommen. Nach alledem ist die Anwendung des § 410 RAbgO. im Bereiche des § 15 der 2. StAmnVO. ausgeschlossen (Urt. 4 D 199/34). Der vom RFH. in seinem Gutachten GrS D 3/32 v. 23. Jan. 1933 (JW. 1933, 1281) vertretenen gegenteiligen Auffassung vermag sich auch der erk. Sen. nicht anzuschließen. Dagegen macht in dem Fall des § 396 RAbgO. auch schon eine teilweise Berichtigung falscher Angaben insoweit straffrei, vorausgesetzt, daß die übrigen Erfordernisse des § 410 RAbgO. erfüllt sind. Ob dies hier zutrifft, kann dahingestellt bleiben, weil der Angekl. wegen Vermögenssteuerhinterziehung aus dem Betrage von 7039 RM nicht verurteilt ist.

Die weitere Annahme der StrK., daß das Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnVO. mit der fortgesetzten Vermögenssteuerhinterziehung hier tateinheitlich zusammentreffe, ist rechtlich nicht zu beanstanden (s. die Entsch. 1 D 1190/32).

Der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache ist nicht begründet. Die Unterwerfung steht allerdings einer rechtskräftigen Verurteilung gleich (§ 445 RAbgO.). Trotzdem

ist im gegebenen Falle ein Verbrauch der Strafklage nicht eingetreten. Bei der Zuwiderhandlung gegen § 15 Abs. 1 3. Fall, handelt es sich zwar nicht um eine Steuerhinterziehung oder Steuergefährdung (weshalb auch § 468 RAbgO. nicht in Betracht kommt) — s. Urt. 1 D 1190/32 und RGSt. 68, 191 = JW. 1934, 2155 —, immerhin aber ist § 15 ein SteuerGes. i. S. des § 392 RAbgO., und er bezeichnet selbst die Verletzung seiner Vorschriften als Steuerzuwiderhandlung (so auch das erwähnte RFH.-Gutachten). Bei Tateinheit mit § 396 RAbgO. war daher die Strafe aus § 15 der 2. StAmnVO. als dem schwereren Strafgesetze zu entnehmen, § 418 Abs. 2 RAbgO., § 73 StGB. und Urt. 4 D 199/34. Da dem § 15 damals ein Abs. 4 noch nicht beigefügt war, mußte auf Geld- und Freiheitsstrafe erkannt werden. Bei dieser Sachlage war das FinA., wenn es damals schon den Sachverhalt in seinem ganzen Umfange gekannt hätte, zur Vornahme der Unterwerfungsverhandlung nicht befugt (§§ 421, 422 RAbgO.). Die Unterwerfungsverhandlung war daher nicht zulässig und ist infolgedessen auch nicht geeignet, den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache zu begründen (s. Becker, RAbgO., 7. Aufl., zu §§ 410 a. F., 445 n. F. Anm. 7 und die einen finanzamtlichen Strafbescheid betreffenden Ausführungen in RGSt. 61, 289).

Durch die Unterwerfungsverhandlung war der Angekl. wegen Abgabe einer zu niedrigen „Vermögenssteuererklärung 1931" zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Die zu niedrige Vermögenssteuererklärung 1931 ist Bestandteil der fortgesetzten Straftat, die im angefochtenen Urt. geahndet worden ist. Da der Angekl. also wegen derselben Tat bereits zu einer (wohl inzwischen bezahlten) Geldstrafe verurteilt war, hätte diese auf die neu zu verhängende Geldstrafe im Urt. angerechnet oder, falls (unrichtig) nur auf Freiheitsstrafe erkannt wurde, ihre Rückzahlung angeordnet werden müssen (RGSt. 54, 283). Dieser Fehler nötigt zur Aufhebung des Urt. im Strafausspruch, soweit der Angekl. wegen Steuerhinterziehung in Tateinheit mit Zuwiderhandlung gegen § 15 der 2. StAmnVO. verurteilt ist. Für die neue Verhandlung wird darauf hingewiesen, daß — was das RevG. nicht beachten konnte — dem § 15 der 2. StAmnVO. durch § 25 StAnpG. v. 16. Okt 1934 (RGBl. I, 925, 938) ein Abs. 4 beigefügt worden ist, wonach im Fall mildernder Umstände, die bisher überhaupt nicht vorgesehen waren, der Täter so bestraft wird, als habe er eine Steuerhinterziehung begangen.

(5. Sen. v. 28. Jan. 1935; 5 D 544/34.) [W.]

<= RGSt. 69, 93.>

Anmerkung: Der Entsch. kann nicht in vollem Umfange zugestimmt werden.

1. Das RG. hebt mit Recht hervor, daß der dritte Tatbestand des § 15 Abs. 1 der 2. StAmnVO. nur solche Fälle betrifft, in denen der StPfl. die unrichtige Steuererklärung bereits vor dem Inkrafttreten der 2. StAmnVO. abgegeben hat. In diesem Falle halte ich ein rechtliches Zusammentreffen zwischen der Steuerhinterziehung und dem Amnestievergehen nach wie vor (vgl. meine Anm. zu dem Urteil JW. 1934, 2155 [29]) nicht für möglich. Das RG. begründet seine abweichende Ansicht in dem angeführten Urteile RStBl. 1932, 1127 folgendermaßen: „Dadurch daß der Angekl. die pflichtgemäße Berichtigung unterließ, bestand er der Steuerbehörde gegenüber auf der Richtigkeit der von dieser noch nicht erledigten Steuererklärung, setzte also seine strafbare Einwirkung auf sie fort." Diese Begründung leuchtet nicht ein. Einmal kann von einer Einheit des leitenden Willens m. E. hier nicht die Rede sein, da der Wille des Täters ursprünglich nur auf eine Verwirklichung einer Steuerhinterziehung gerichtet war. Der Wille, dem Gebote der AmnVO. zuwiderzuhandeln, ist zwangsläufig erst geboren worden, nachdem der Täter den Willen zur Steuerhinterziehung bereits in die Tat umgesetzt hatte. Zum andern besteht die nach Ansicht des RG. strafbare Einwirkung auf die Steuerbehörde nur darin, daß der Täter von seinem beendigten Versuch nicht zurückgetreten ist. Dieses Verhalten ist aber an sich nicht strafbar und gehört nicht zum Tatbestande der Steuerhinterziehung. Der Täter begeht auch bei natürlicher Betrachtung hier keine Handlung und Unterlassung, die als eine Einheit erscheinen.

2. Das RG. hält im Gegensatz zum RFH. die Anwendung des § 410 RAbgO. im Bereiche der 2. StAmnVO. für ausgeschlossen. Zu seiner Ansicht kann hier nicht Stellung genommen werden, da das Urteil sich nur auf eine mir z. Z. nicht vorliegende Entsch. v. 11. Jan. 1935 beruft. Eines Eingehens auf diese Entsch. bedarf es auch nicht. Die Frage ist durch § 22 Abs. 2 DurchfVO. z. VolksVG. ausdrücklich im Sinne des Gutachtens des RHF. geregelt worden. Diese Vorschrift gilt nicht nur für solche Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnVO., die sich auf ausländische Vermögensgegenstände beziehen. Die Vorschrift steht selbständig neben der des § 22 Abs. 1 a. a. O., wie sich aus Abs. 3 deutlich ergibt. Zum Erlaß dieser allgemeinen Vorschrift war die DurchfVO. in § 10 Satz 2 VolksVG. auch ausdrücklich ermächtigt. Das kann nur zu dem Zwecke geschehen sein, die Rechtslage im Sinne des Gutachtens des RFH. allgemein authentisch klarzustellen (gl. M. Jahn-Boethke-Arlt-Pünder, Anm. 1 zu § 10 VolksVG.).

3. Das RG. wendet die für den Fall eines unzulässigen Strafbefehls in der Entsch. RGSt. 54, 283 (286) entwickelten Grundsätze über die Anrechnung der auf Grund des Strafbefehls bezahlten Geldstrafen ohne weiteres auch auf den Fall einer unzulässigen Unterwerfungsverhandlung an. Hiergegen bestehen jedoch Bedenken. Bei der Anrechnung der in einem Strafbefehl verhängten Strafen handelt es sich um die Ausgleichung des Fehlers einer anderen Justizbehörde. Bei der Richtigstellung einer Unterwerfungsverhandlung oder eines Strafbescheides — für diesen gilt das gleiche — handelt es sich dagegen um die Beseitigung der Entsch. einer Verwaltungsbehörde. Man wird daher näher untersuchen müssen, ob auf diesen Fall wirklich die für jenen entwickelten Grundsätze Anwendung finden können.

a) Die Abrechnung der auf Grund der Verwaltungsentscheidung bezahlten Beträge von der neuerkannten Geldstrafe war so lange nicht zulässig, als die Gerichte noch Landesbehörden waren. Die von ihnen verhängten Geldstrafen flossen dem Lande zu, während die von den Steuerbehörden verhängten Geldstrafen dem Reiche zuflossen (§ 460 RAbgO.). Durch die Überleitung der Rechtspflege auf das Reich sind die Gerichte jetzt zwar zu Reichsbehörden geworden. Solange die Länder jedoch noch ihre finanzielle Selbständigkeit haben und die Geldstrafen in den Landessäckel fließen, werden die Gerichte nicht befugt sein, durch Abrechnung der zu Unrecht in den Reichssäckel geflossenen Beträge die Landeseinnahmen zu schmälern. Eine solche würde aber durch die Abrechnung erfolgen, da eine rechtliche Grundlage für ein Verlangen des Landes auf Überweisung der vom Reiche eingezogenen Beträge nicht zu erkennen ist.

Solange nicht sämtliche Geldstrafen dem Reiche zufließen, muß das Gericht daher die ihm angemessen erscheinende Strafe ohne Rücksicht darauf festsetzen, ob der Täter die von der Steuerbehörde zu Unrecht festgesetzte Strafe bereits bezahlt hat oder nicht. Aus den zu b zu entwickelnden Gründen darf das Gericht auch nicht die Rückzahlung der an das FinA. gezahlten Beträge anordnen. Es muß Sache der Steuerbehörde bleiben, diese gegebenenfalls zu erstatten.

b) Wenn in dem Gerichtsurteil nur auf Freiheitsstrafe erkannt wird, so halte ich eine Anordnung des Gerichts zur Zurückzahlung der unzulässigerweise verhängten Geldstrafe nicht für angängig. Das Gericht kann eine derartige Anordnung gegenüber einer fremden Behörde nicht treffen. Hier muß es der eigenen Entschließung der Steuerbehörde überlassen bleiben, aus dem Urteil des Gerichts die Folgerungen zu ziehen und die eingezogenen Beträge zu erstatten.

4. Zuzustimmen ist der Ansicht, daß die Zuwiderhandlungen gegen § 15 der 2. StAmnVO. Steuerzuwiderhandlungen i. S. des § 392 RAbgO. sind. Daraus folgt — was in der Praxis früher manchmal übersehen worden ist —, daß die FinA. sowohl zur Untersuchung wie zur Einstellung der Untersuchung wegen des Verdachts dieser Steuerzuwiderhandlungen zuständig sind (§§ 421 Abs. 1 Satz 1, 446 RAbgO.). Bei Annahme mildernder Umstände sind sie gem. § 15 Abs. 4 der 2. StAmnVO. jetzt auch in der Lage, eine Geldstrafe zu verhängen.

RegR. Dr. Julius Crisolli, Berlin.

*

13. 1. Auch gegenüber einem Mittäter sind die Strafgerichte nicht an § 468 RAbgO. gebunden, wenn dieser Angekl. nicht Mitschuldner ist, sondern nur kraft Steuerstrafrechts für die hinterzogenen Steuern haftet.

2. Werden Bücher und Geschäftspapiere einem Staatsbeamten zum Zwecke der Einsicht zur Verfügung gestellt, so liegt hierin ein „Gebrauchmachen" i. S. des § 267 RStGB.

3. Tateinheit zwischen Urkundenfälschung und Steuerhinterziehung.

4. Auch im Steuerstrafrecht zehrt die Mittäterschaft die minder schwere Teilnahmeform auf.†)

1. Dem Gehilfen gegenüber sind die Vorschriften des

§ 468 (früher 433) RAbgO. nicht anwendbar (RGSt. 58, 41 [43]; 66, 298 [301]). Eine Bindung des Strafrichters i. S. dieser Vorschriften besteht auch dann nicht, wenn man das Tun des Angekl. nicht als Beihilfe zur Steuerhinterziehung, sondern als Mittäterschaft beurteilt. Denn dieser Angekl. ist nicht Steuerschuldner; als Mittäter haftet er vielmehr nur auf Grund Steuerstrafrechts für die zum Vorteil seines Vaters hinterzogene Steuer (RGSt. 57, 212 [216]; 66, 298 [301]) — vgl. jetzt § 112 RAbgO. —. Demgemäß war die StrK. den beiden BeschwF. gegenüber auch in keiner Weise an die gegen den Steuerschuldner (Vater des Angekl.) erlassenen Entsch. der Finanzbehörden und -gerichte gebunden. Selbst diesem gegenüber bestand eine Bindung nur insofern, als die StrK. die Entsch. des RFH. hätte einholen müssen, wenn sie bei der Prüfung der Frage, ob eine Steuerverkürzung vorliege, von der rechtskräftigen Entsch. des FinG. hätte abweichen wollen; über das Maß der Verkürzung hatte sie dagegen, da es sich nicht um Zölle oder Verbrauchssteuern handelt, auch dem Steuerschuldner gegenüber auf Grund eigener Prüfung nach ihrem freien Ermessen zu entscheiden (RGSt. 63, 64 [65] und Urt. 4 D 406/34 vom 13. Juli 1934 [JW. 1934, 2342 Nr. 15], sowie die dort erwähnten Urt.). Von dieser Rspr. abzuweichen, besteht kein Anlaß.

Ob sich die StrK. der vorstehend dargelegten Bedeutung der Vorschriften des § 468 RAbgO. bewußt war, kann dahingestellt bleiben; aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt sich jedenfalls so viel, daß sie die im Steuerverfahren getroffenen Feststellungen nicht ohne eigene Prüfung der Urteilsfindung zugrunde gelegt hat. Ersichtlich hat sie vielmehr selbständig festgestellt, daß der Steuerschuldner während der in Betracht kommenden Zeit das geschäftliche Ergebnis in seinen Büchern und Aufzeichnungen falsch dargestellt, daß er insbes. nach und nach insgesamt 90000 *RM* auf dem Gläubigerkonto gebucht habe, obwohl er einen solchen Betrag überhaupt nicht schuldig gewesen sei. Die angeblichen Schulden hat er, wie das angefochtene Urt. weiter annimmt, durch gefälschte Rechnungen belegt, um so den Geschäftsgewinn, den er in dieser Höhe gemacht hatte, der Versteuerung entziehen zu können. Auf Grund neuer, der wirklichen Sachlage entsprechender Bilanzen hat die Steuerbehörde die auf die einzelnen Steuerarten entfallenden Beträge, die der Steuerschuldner hinterzogen hatte, berechnet. Die Richtigkeit der Berechnung ist in der Hauptverhandlung von keiner Seite bezweifelt worden. Nur hinsichtlich der Bewertung der „dubiosen Forderungen" hat der Steuerschuldner eine Einschränkung gemacht; die sich hieraus etwa ergebende Ermäßigung des hinterzogenen Betrags hat die StrK. jedoch — für die Strafbemessung — als unerheblich erachtet. Unter diesen Umständen ist auch die unzulässige Verweisung auf das Urt. des FinG. unschädlich. Im übrigen hat sich die StrK. nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung die Berechnung der Steuerbehörde zu eigen gemacht.

2. Der Steuerpflichtige hat nach den Vorschriften der RAbgO. der Steuerbehörde gegenüber eine gewisse Aufklärungs- und Vorlegungspflicht (vgl. z. B. §§ 161 Abs. 9, 171 Abs. 2 [alt: 173 Abs. 2]; 172 [alt: 174]; 207 RAbgO.). Demzufolge sind die Bücher und Geschäftspapiere, einschließlich der gefälschten Urkunden, auch dem Steuerinspektor K. am 19. und 20. März 1931 zur Einsicht zugänglich gemacht worden. Darin liegt ein „Gebrauchmachen" i. S. des § 267 StGB., wobei es nicht darauf ankommt, ob dem Beamten die Urkunden besonders vorgelegt worden sind; es genügt vielmehr, daß ihm allgemein die Bücher und Geschäftspapiere zum Zwecke der Einsicht zur Verfügung gestellt worden sind. Dagegen geht die Ansicht der StrK., ein „Gebrauchmachen" sei schon darin zu finden, daß die Papiere „zur eventuellen Nachprüfung bereitgelegen hätten", fehl; statt weiterer Ausführungen genügt ein Hinweis auf RGSt. 66, 298 [312, 313]. Die Anfertigung der gefälschten Urkunden (einschließlich ihres Bereithaltens in den Geschäftsräumen) könnte höchstens einen Versuch der schweren Urkundenfälschung darstellen (RGSt. 56, 204 [206]; 58, 211 [214]). Die rechtsirrige Auffassung der StrK. hat die Urteilsfindung nicht beeinflußt, da die gefälschten Urkunden dem erwähnten Beamten tatsächlich in der im § 267 StGB. erforderten Weise zugänglich gemacht worden sind.

3. In der Annahme von Tateinheit zwischen der Urkundenfälschung und dem Steuervergehen tritt kein Rechtsirrtum zutage. Um bei einer etwaigen steueramtlichen Nachprüfung das in den Büchern vorgetäuschte und der Versteuerung zugrunde gelegte geschäftliche Ergebnis als zutreffend hinstellen zu können, hat man die hierzu erforderlichen „fingierten Fakturen" angefertigt und zur Vorlegung ständig bereitgehalten. Damit ist der erste Teilakt der Urkundenfälschung verwirklicht worden. Wäre es nicht zur Nachprüfung durch das FinA. gekommen und hätte man infolgedessen nicht von den fälschlich angefertigten Urkunden zu Täuschungszwecken Gebrauch gemacht, so würde es sich um einen während eines längeren Zeitraums betätigten, einheitlichen Versuch der schweren Urkundenfälschung handeln, mit dem das Steuervergehen tateinheitlich zusammenfiele. Dadurch, daß die Täter bei der steuerbehördlichen Nachprüfung von den gefälschten Rechnungen zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht haben, ist die schwere Urkundenfälschung vollendet worden. Das vollendete Verbrechen verbindet die sämtlichen Hinterziehungshandlungen mit sich und damit auch untereinander in derselben Weise zur Tateinheit, wie es bis dahin der — einheitliche — Versuch der schweren Urkundenfälschung getan hatte. Andererseits waren die Steuerhinterziehungen — jedenfalls zum Teil — zwar schon vor der Urkundenfälschung rechtlich vollendet, aber noch nicht tatsächlich beendigt; sie sollten vielmehr gerade durch das Verbrechen der Urkundenfälschung aufrechterhalten und fortgesetzt werden. Hiernach kommt es nicht darauf an, in welchem Verhältnis die Hinterziehungshandlungen ohne das Bindeglied der Urkundenfälschung zueinander stehen würden, je nachdem sie dieselbe Steuerart oder verschiedene Steuerarten betreffen (vgl. RGSt. 64, 229 [239]).

4. Das angefochtene Urt. ist nur insoweit zu beanstanden, als es den Angekl. der Beihilfe zur Steuerhinterziehung und hinsichtlich der durch dieselbe Handlung von seinem Vater begangenen Urkundenfälschung der Mittäterschaft für schuldig erklärt. Das verstößt gegen die vom RG. in ständiger Rspr. vertretene Ansicht, daß ein Mittäter nicht zugleich wegen Beihilfe (oder Anstiftung) zu derselben Tat bestraft werden kann, solchenfalls zehrt vielmehr die Mittäterschaft die minder schwere Teilnahmeform auf (RGSt. 10, 406 [409]; 16, 374 [376]; 26, 198; 44, 207 [211]; 48, 206 [207]; 53, 189 [190]). In diesem Punkt kann das Urt. von hier aus richtiggestellt werden. Die StrK. hat anscheinend auch nur deshalb gleichzeitige Mittäterschaft und Beihilfe angenommen, weil sie übersehen hat, daß nach § 396 RAbgO. Steuerhinterziehung auch „zum Vorteil eines anderen" begangen werden kann.

(3. Sen. v. 3. Jan. 1935; 3 D 1155/34.)

Anmerkung: 1. Der 3. StrSen. des RG. tritt der Rspr. des 4. StrSen. zu § 468 (früher § 433) RAbgO. bei. Wegen der grundsätzlichen Fragen verweise ich auf meine Besprechung: JW. 1934, 2342 ff.

Hiernach tritt eine Bindung der Strafgerichte aus § 468 RAbgO. nur hinsichtlich der Frage, ob eine Steuerverkürzung seitens des Steuerschuldners vorliegt, ein. Insoweit steht das Entscheidungsvorrecht bei den Finanzbehörden.

Im vorl. Falle haftete gem. § 112 RAbgO. ein Sohn für die Steuerschulden seines Vaters. Der Sohn hatte nämlich sich an der Steuerhinterziehung seines Vaters beteiligt. Auch soweit der Sohn nicht unmittelbarer Steuerschuldner ist, haftet er daher für den Betrag, in dessen Höhe Steuereinnahmen verkürzt wurden. Diese steuerstrafrechtliche Haftung macht den Sohn noch nicht zu einem Steuerschuldner i. S. des § 468 RAbgO. § 468 RAbgO. setzt nämlich eine persönliche Steuerpflicht des Täters voraus (RGSt. 66, 301). Daher findet § 468 RAbgO. gegen den Gehilfen keine Anwendung, wenn dieser nicht sonst Steuerschuldner ist.

Als Rechtsgrundsatz ist daher festzuhalten, daß die Bindung des § 468 RAbgO. in allen denjenigen Fällen nicht gegeben ist, in denen der Angekl. im Steuerstrafverfahren nicht unmittelbarer ursprünglicher Steuerschuldner nach dem Einzelsteuergesetz ist. Jedenfalls wird das Anwendungsgebiet des § 468 RAbgO. nicht dadurch erweitert, daß infolge steuerstrafrechtlicher Best. eine Erweiterung des Steuer-

schuldnerkreises eintritt. Es handelt sich hier vielmehr erst um steuerrechtliche Folgen, die an eine strafbare Handlung anknüpfen.

Somit muß in Fällen alleiniger Steuerstrafrechtshaftung des Angekl. der Strafrichter eigene Feststellungen hinsichtlich des Vorliegens einer Steuerverkürzung treffen. Dieser Verpflichtung war im übrigen, wie das RG. eingehend darlegt, die StrK. nachgekommen. Die eigene Prüfung lag in der Feststellung, in welcher Form Falschdarstellungen in Büchern und Aufzeichnungen vorgenommen wurden. Die Höhe der Steuerhinterziehung wurde durch Vergleich dieser „frisierten" Buchungen mit der von dem FinA. aufgestellten Steuerbilanz festgestellt. Es wurde auch kraft eigener Prüfung die Berechnung der Steuerbehörde zugrunde gelegt.

2. Das RG. äußert sich ferner zu dem interessanten Kapitel der Vollendung der Urkundenfälschung bei Steuerzuwiderhandlungen. Häufig werden Verkürzungen von Steuerbeträgen dadurch begangen, daß falsche Buchungen vorgenommen werden. Um die Beweiskraft der Buchungen zu erhöhen, werden falsche Belege angefertigt. Es tritt nunmehr die Frage auf, welche strafrechtlichen Voraussetzungen vorliegen müssen, um ein „Gebrauchmachen" i. S. des § 267 RStGB. feststellen zu können.

In jedem Fall muß die Urkunde in den Machtbereich des zu Täuschenden gebracht werden, dergestalt, daß für ihn die Möglichkeit gewährleistet ist, von dem Inhalt ohne weiteres Kenntnis zu nehmen. Es genügt sogar, wenn die Urkunde zur Kenntnisnahme des zu Täuschenden nur bereit gelegt wird, ohne ihm unmittelbar übergeben zu werden (RGSt. 40, 253; 64, 394 ff.; 66, 313). Dann muß aber der Täuschende auch ohne weiteres den Zugriff auf die Urkunde vornehmen können (RGSt. 66, 313). In der Tat wird ja auch nur bei solcher Sachlage von einem Gebrauchmachen die Rede sein können, weil nur dann die Urkunde an den zu Täuschenden unmittelbar herangebracht worden ist. Im vorl. Falle ist dieser Tatbestand erfüllt, da die Urkunden dem Steuerinspektor zur Einsicht zugänglich gemacht wurden. Richtig ist die Rechtsmeinung des RG., wonach ein Gebrauchmachen noch nicht in dem Bereitliegen „zur evtl. Nachprüfung" gefunden werden kann.

Der Grund für die Vorlage der Urkunden ist nach dem Inhalt des § 267 RStGB. unerheblich. Es wird nur rechtswidrige Absicht erfordert. Diese rechtswidrige Absicht ist aber besonders bei Steuerzuwiderhandlungen ohne weiteres zu unterstellen, da ja der StPfl. den Steuerbehörden gegenüber Aufklärungs- und Vorlegungspflichten hat. Hieraus folgt ohne weiteres, daß jeder StPfl. weiß, daß seine Buchungsunterlagen als Beweismittel für das Steuerermittlungsverfahren von größter Bedeutung sind. Jede unrichtige Buchführung zieht daher die Gefahr einer Verfolgung wegen Steuerhinterziehung nach sich.

3. Zwischen Urkundenfälschung und Steuerhinterziehung ist Tateinheit möglich.

Im vorl. Falle ergibt sich folgende tatsächliche Entwicklung:

1. Herstellung fingierter Fakturen.
2. Vornahme fingierter Buchungen.
3. Abgabe falscher Steuererklärungen.
4. Vorlage der fingierten Fakturen und der falschen Bücher.

Die Steuerhinterziehung ist rechtlich vollendet mit Abgabe der falschen Steuererklärung; sie dauert jedoch noch tatsächlich fort, nämlich bis zur Bezahlung der hinterzogenen Steuern.

Der Versuch der Urkundenfälschung beginnt bereits mit Ziff. 1 (Herstellung der fingierten Fakturen). Der Versuch bleibt über den Vorgang Ziff. 2 und 3 aufrechterhalten und gelangt erst zur Vollendung mit dem Gebrauchmachen, also mit Ziff. 4, nämlich der Vorlage der Bücher und Fakturen.

Mit Recht folgert das RG., daß bei Durchführung des Tatbestandes bis Ziff. 3 versuchte Urkundenfälschung mit vollendeter Steuerhinterziehung vorliegt. Hier ist tateinheitliches Zusammenfallen offensichtlich. Aber auch die Vollendung der schweren Urkundenfälschung nach bereits vollendeter Steuerhinterziehung ist noch in Tateinheit erfolgt, weil die Vorlage der Bücher und Fakturen mit sämtlichen Hinterziehungshandlungen verbunden ist.

Es ist also Tateinheit zwischen Urkundenfälschung und Steuerhinterziehung auch nach rechtlich zwar beendeter, tatsächlich aber noch fortwirkender Steuerhinterziehung gegeben.

4. Auch für das Steuerstrafrecht gilt der allgemeine Grundsatz der Aufzehrung einer minder schweren Teilnahmeform durch eine stärkere Teilnahmeform. So umfaßt die Anstiftung auch die Beihilfe, da die erste die schwerere Form der Teilnahme ist (RGSt. 53, 191 und 48, 207).

Hier bietet das Steuerstrafrecht keine besondere Beurteilungsweise. Sobald Mittäterschaft vorliegt, ist jegliche Beihilfehandlung aufgezehrt. Daher war der Urteilstenor im vorl. Falle dahin zu berichtigen, daß statt der Verurteilung wegen „fortgesetzter gemeinschaftlicher schwerer Urkundenfälschung in Tateinheit mit Beihilfe zur fortgesetzten Steuerhinterziehung" zu setzen war „in Tateinheit mit fortgesetzter gemeinschaftlicher Steuerhinterziehung".

Daß gem. § 396 RAbgO. wegen Steuerhinterziehung auch Nichtsteuerpflichtige verurteilt werden können, ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut „zum Vorteil eines anderen" und aus der ständigen Rspr. Es sind z. B. auch bereits wegen Steuerhinterziehung Steuerberater und Steuerbeamte verurteilt worden (RGUrt. v. 26. Jan. 1933, 2 D 1110/32 = Mrozek, Kartei, AO. § 396 R. 16 und RGUrt. v. 2. März 1934, 4 D 324/33 = Mrozek, Kartei, AO. 1931, § 396 R. 26 und mein Aufsatz: Steuerstrafrecht und Strafverfahren im DStBl., Märzheft 1934).

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

14. § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934. Gegenüber einer Einstellung gemäß dem StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 kann der Angekl. nicht zu dem Zwecke Rev. einlegen, daß seine Unschuld festgestellt und demgemäß statt auf Einstellung auf Freisprechung erkannt werde.†)

Das LG. hat den nicht vorbestraften Angekl. eines fortgesetzten Verbrechens der schweren Urkundenfälschung gem. §§ 267, 268 Nr. 1 StGB. für schuldig befunden, das Verfahren jedoch auf Kosten der Staatskasse eingestellt, weil nur eine Gefängnisstrafe von vier Monaten angemessen sei und infolgedessen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 vorlägen. Der Angekl. begehrt mit der rechtzeitig und rechtsförmlich eingelegten Rev. Freisprechung, vorsorglich Aufhebung und Zurückverweisung. Es sei nicht richtig, daß er von den Quittungen mit den fälschlich angefertigten Unterschriften zu Täuschungszwecken Gebrauch gemacht habe, auch habe er nicht in der Absicht gehandelt, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Zunächst fragt es sich, ob der Angekl. mit dieser Begründung die auf Grund des StraffreihG. erfolgte Einstellung des Verfahrens überhaupt anfechten kann. Diese Frage ist zu verneinen. Ein Angekl. kann allerdings, wenn seiner Meinung nach die Voraussetzungen der Freisprechung gegeben sind, durch die bloße Einstellung des Strafverfahrens sich benachteiligt fühlen. Insbesondere ist dies dann der Fall, wenn, wie hier, in dem Urt. die strafbare Schuld des Angekl. festgestellt und die Zuerkennung einer Strafe infolge Amnestie (Niederschlagung) als ausgeschlossen erachtet worden ist. Man kann hier nicht sagen, daß ein Eingriff in die Interessen des Angekl. deshalb nicht anzuerkennen sei, weil durch die Einstellung des Strafverfahrens die Strafverfolgung des Angekl. wegen dieser Tat in dem Sinne für unzulässig erklärt worden sei, daß jede Verfolgung desselben wegen der hier fraglichen Tat für immer ausgeschlossen sei, so daß die Einstellung tatsächlich der Freisprechung gleichstehe (so RGSt. 42, 399 für den Fall der Einstellung eines wegen Verletzung der Wehrpflicht eingeleiteten Strafverfahrens wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung im Hinblick auf die sog. Bancroftschen Verträge). Gerade das Gegenteil ist hier der Fall. Die Niederschlagung tritt kraft Gesetzes ein. Die aktenmäßige Einstellung des Verfahrens hat lediglich feststellende Wirkung (RGSt. 54, 17; 67, 145 = JW. 1933, 1326). Sie kann deshalb, wenn sich nachträglich herausstellt, daß sie auf unrichtigen Voraussetzungen beruhte, abgeändert werden und bewirkt deshalb auch nicht den Verbrauch der Strafklage (RGSt. 67, 383 = JW. 1934, 236). Das Interesse des Angekl. an der Durchführung seines Rechtsmittels ist daher nicht zu bezweifeln. Trotzdem kann die Rev. nicht für zulässig erachtet werden. Die Amnestie nach dem StraffreihG. vom 7. Aug. 1934 tritt in Erscheinung nicht nur als Begnadigung urteilsmäßig erkannter Strafen, sondern auch als Niederschlagung eines noch anhängigen Strafverfahrens und als Untersagung jedweder Einleitung eines Strafverfahrens. Die Niederschlagung äußert ihre Wirkung sowohl auf dem Gebiete des Verfahrens als auch des materiellen Rechtes. Verfahrensrechtlich wirkt sie als Hinderungsgrund für den Fort-

gang der anhängigen, noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Untersuchungen (RGSt. 53, 39; 55, 231). Auch die Rechtshängigkeit der Sache endet kraft Gesetzes, wenn die Voraussetzungen der Niederschlagung gegeben sind, ohne Rücksicht darauf, ob eine Einstellungsverfügung in den Akten getroffen worden ist (RGSt. 67, 233). Materiellrechtlich bringt die Amnestie den staatlichen Strafanspruch selbst zum Erlöschen (RGSt. 53, 39; 59, 54). Die Anwendbarkeit des Gesetzes ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen (RGSt. 59, 56). Der Staat verzichtet durch Erlassung eines StraffreihG. bei den in Betracht kommenden Fällen auf seinen (etwaigen) Strafanspruch gegenüber einem einschlägig Beschuldigten, gleichviel ob die Beschuldigung mit Recht oder Unrecht erhoben wird, und er verbietet seinen Polizeibehörden, StA. und Gerichten, in der betreffenden Angelegenheit weiter tätig zu sein. Der Beschuldigte, Angeschuldigte oder Angekl. hat kein Recht darauf, daß Polizei, StA. oder Gericht trotz dieses Verbotes ihre Tätigkeit fortsetzen. Sein Interesse an der Feststellung seiner (behaupteten) Unschuld muß hinter dem gegenteiligen staatlichen Interesse zurücktreten. Der Angekl. behauptet nicht etwa, daß auf den vom LG. tatsächlich und rechtlich festgestellten Sachverhalt das StraffreihG. falsch angewendet worden sei. Er behauptet vielmehr, daß er unschuldig sei und daß **deshalb** das Gericht und die StA. zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts und Feststellung seiner angeblichen Unschuld weiter tätig werden müßten. Gerade damit aber kann der BeschwF., wie dargetan, nicht gehört werden. Auch das RevG. würde durch das Vorliegen der negativen Verfahrensvoraussetzung der Niederschlagung eines unter das StraffreihG. fallenden, gleichviel ob bewiesenen oder nicht bewiesenen Verbrechens gehindert sein, die Frage zu prüfen, ob der Angekl. in seiner Rev. nicht in unzulässiger Weise die tatsächlichen Feststellungen bestreitet und ob die Anwendung des Rechtes auf den festgestellten Sachverhalt rechtlich einwandfrei ist. Die Rev. ist daher als unzulässig zu verwerfen (so im Ergebnis bereits Urt. 1 D 1453/34 und 1 D 1460/34: JW. 1935, 945[31]).

(5. Sen. v. 25. Febr. 1935; 5 D 519/34.) [W.]

Anmerkung: Der mit der ständigen Rspr. übereinstimmenden Entsch. ist rückhaltslos zuzustimmen. Zwar ist nicht zu verkennen, daß der Angekl. in Fällen, in denen er glaubt, Freisprechung erwarten zu dürfen, ein erhebliches rechtliches und moralisches Interesse an der Durchführung des Strafverfahrens haben kann, das bei dem erhofften Ausgang seine Rehabilitation sowie die endgültige, unwiderrufliche Erledigung der Sache im Gefolge hat. Aber dieser Gesichtspunkt, der vom RG. auch nicht verkannt wird, kann so lange gegenüber dem in der Amnestie zum Ausdruck kommenden Staatswillen nicht durchgreifen, als die Niederschlagung oder der Straferlaß nicht von der Zustimmung des Betroffenen gesetzlich abhängig gemacht werden. Jede Amnestie bedeutet ein generelles Friedewirken. Betrifft sie nicht nur Verurteilungen, sondern erstreckt sie sich auch auf anhängige Verfahren, so verbietet sie die Verfolgung des Verdächtigen, gleichviel ob der Verdacht begründet oder unbegründet ist. Der Verdächtige hat sein Privatinteresse an der völligen Aufklärung der Sache dem übergeordneten, auf Friedewirken gehenden Staatsinteresse unterzuordnen und kann bei der Höherwertigkeit des Staatsinteresses nicht mit Mephisto einwenden, daß Wohltat hier Plage bedeutet, zumal er nicht schlechter gestellt ist, als wenn er seine vermeintliche Unschuld infolge irgendwelcher äußeren Gründe, wie des Wegfalls eines wichtigen Entlastungszeugen, des Stillstands der Rechtspflege od. dgl., nicht durchsetzen könnte.

StAR. Dr. Richter, Berlin.

*

15. Eine Einstellung eines Strafverfahrens gem. §2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 ist ausgeschlossen, wenn zwar in diesem Verfahren keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten und Geldstrafe bis zu 1000 RM zu erwarten ist, gegen den Beschuldigten aber noch ein weiteres Verfahren anhängig ist und die zu erwartende Gesamtstrafe die genannten Grenzen übersteigt. †)

Das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 würde auf den Angekl. zutreffen, wenn die in dem angef. Urt. v. 29. Juni 1934 ausgesprochene Strafe **allein** in Frage stünde; denn die Strafe hält sich im Rahmen des § 2 Abs. 1 und 2 des Ges., und die Verfallerklärung würde als **Nebenstrafe** (RGSt. 67, 29, 30; 57, 232) mit der Strafe niedergeschlagen, ohne daß es einer dem §7 des Ges. entsprechenden Vorschrift bedürfte (RGSt. 50, 386, 388, 392; 53, 124, 306 f.; 54, 11 f.). Aber die Anwendung des StraffreihG. scheidet nach § 2 a. a. O. deshalb aus, weil der Angekl. in der Sache 2 KM 6/34 durch Urt. v. 23. Juli 1934 zu einer Gefängnisstrafe von 1 Jahr 8 Monaten und zu einer Geldstrafe von 20000 RM verurteilt wurde und mit dieser Strafe, die durch Verwerfung der Rev. rechtskräftig ist, eine Gesamtstrafe gebildet werden muß.

(U. v. 18. Febr. 1935; 2 D 1205/34.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

Nach § 2 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) werden bei Inkrafttreten des Gesetzes anhängige Verfahren eingestellt, wenn keine höhere **Strafe** oder **Gesamtstrafe** als Geldstrafe bis zu 1000 RM oder Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten, allein oder nebeneinander, zu erwarten ist. Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob eine diese Grenzen übersteigende Gesamtstrafe auch dann zu erwarten sei, wenn gegen den Beschuldigten **mehrere** Verfahren (bei demselben oder bei verschiedenen Gerichten oder Staatsanwaltschaften) anhängig sind, und die in den einzelnen Verfahren zu erwartenden Strafen (oder eine davon) sich im Rahmen des § 2 Abs. 1 halten, die Gesamtstrafe aber, die gem. § 79 StGB. oder § 462 StPO. später aus den in den einzelnen Verfahren erkannten Einzelstrafen zu bilden ist, die Grenze der Amnestiefähigkeit überschreitet. Diese Frage konnte aufgeworfen werden, weil nach der Auslegung, die § 1 des Ges. gefunden hat, ein **Straferlaß** rechtskräftiger Einzelstrafen von nicht mehr als 6 Monaten, die in verschiedenen Urteilen ausgesprochen sind und aus denen gem. § 462 StPO. eine 6 Monate übersteigende Gesamtstrafe gebildet werden muß, nur ausgeschlossen ist, wenn diese Gesamtstrafe bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits rechtskräftig festgesetzt war (vgl. OLG. Düsseldorf v. 1. Dez. 1934: DRZ. 1935 Nr. 127; Schäfer: JW. 1934, 2299); es lag deshalb nahe, anzunehmen, daß auch bei der **Niederschlagung** die in dem einzelnen Verfahren zu erwartende Strafe oder Gesamtstrafe **selbständig** auf die Anwendbarkeit des StraffreihG. zu prüfen sei. Demgegenüber ist aber mit Recht geltend gemacht worden, daß diese Auslegung weder dem Wortlaut noch dem Sinn des § 2 entspreche (vgl. im einzelnen Schäfer: JW. a. a. O.; OLG. Dresden v. 1. Nov. 1934: Deutsche Justiz 1935, 231). Dieser Auffassung hat sich das RG. in der vorliegenden Entsch. (freilich ohne der Zweifel Erwähnung zu tun) angeschlossen.

OLGR. Dr. K. Schäfer, Berlin.

*

****16.** §§ 242, 244, 245, 261, 271, 337 StPO.; § 263 StGB.; VO. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. Juni und 6. Okt. 1931 (RGBl. 279, 537); Ges. zur Änderung von Besoldungsvorschriften v. 30. Juni 1933 (RGBl. 433).

1. Die Mitteilung der Anklageschrift an Schöffen, damit sie der Verhandlung besser folgen können, ist unzulässig. — Wenn ein kranker Angekl. der Verhandlung nicht widerspricht, so ist dies nicht ohne weiteres als ein Anzeichen für seine Verhandlungsfähigkeit zu verwerten. Wird die Verhandlung gegen einen kranken Angekl. auf Grund eines ärztlichen Gutachtens zunächst aufgenommen, dann aber im Hinblick auf den Zustand des Angekl. ausgesetzt, so muß das Gericht prüfen, ob nicht die Ansicht über die Verfassung des Angekl., die zur vorläufigen Aufnahme der Verhandlung Anlaß gab, irrig war. — Innere Vorgänge gehören ebenfalls zu den rechtlich erheblichen Tatsachen, die dem Zeugenbeweis zugeführt werden können. Dabei kommen nicht nur Vorstellungen und Absichten des Angekl., sondern auch dritter Personen in Betracht. — Das auf Ermittlung des anzuwendenden Rechts abzielende Verfahren unterliegt nicht den Vorschriften der §§ 244 ff. StPO. — Der Antrag, gewisse dem Gericht vorliegende Akten zu verwerten, kann nicht ohne weiteres als ein Be-

weisermittlungsantrag abgelehnt werden. Vielmehr muß das Gericht den Antragsteller befragen, auf die Verlesung welcher in den Akten enthaltenen Urkunden sich sein Antrag richte. — Ein Berichtigungsantrag kann nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, daß nach der Erinnerung des Vorsitzenden und des StA. die Bekundung der Sitzungsniederschrift über den umstrittenen Prozeßvorgang zutreffend sei. —

2. Das RevG. kann das angefochtene Urteil aufheben, wenn dieses die Erfahrungen des Lebens außer acht läßt. —

3. Durch die VO. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. Juni und 6. Okt. 1931 wurde weder dem RPräs. noch den Länderregierungen das Recht eingeräumt, die wohlerworbenen Rechte der Beamten anzutasten. Erst das Ges. zur Änderung von Besoldungsvorschriften v. 30. Juni 1933 eröffnete hierzu eine gewisse Handhabe.

1. Der BeschwF. wirft dem LG. Verletzung des Grundsatzes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit vor. Er behauptet, daß Abschriften der Anklageschrift von den Schöffen spätestens vom dritten Verhandlungstag ab in der Sitzung benutzt und zur weiteren Verwendung mitgenommen worden seien, wenn die insgesamt über mehr als vier Wochen erstreckte Verhandlung Unterbrechungen erlitten habe. Um diese Behauptung glaubhaft zu machen, haben die beiden Verteidiger des Angekl. eine eidesstattliche Versicherung eingereicht; sie bezeugen in ihr den Gebrauch der Anklageschrift durch die Schöffen mit dem Anfügen, daß ein Verteidiger den Vorsitzenden gefragt habe, ob die den Schöffen vorliegenden Schriften Abschriften der Anklageschrift seien, und daß der Vorsitzende geantwortet habe, er habe den Schöffen die Anklageschrift gegeben, weil die für erheblich erachteten Urkunden in ihr zum Teil wörtlich enthalten seien.

Die Sitzungsniederschrift beweist die Richtigkeit der Behauptung des BeschwF. In ihr ist folgender Vorgang beurkundet. An einem der letzten Sitzungstage beantragte ein Verteidiger, die Tatsache, daß den Schöffen Abschriften der Anklageschrift ausgehändigt worden seien, in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen. Das LG. lehnte diesen Antrag ab, „weil er sich auf Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung beziehe". Hieraus muß gefolgert werden, daß die Aushändigung zwar nicht während der Hauptverhandlung, aber vor deren Beginn oder in einer verhandlungsfreien Zwischenzeit mit Wissen und Willen der Mitglieder des LG. stattgefunden hat. Wäre die Aushändigung nicht geschehen, hätten den Schöffen Abschriften der Anklageschrift zur Verwendung in der und für die Verhandlung nicht vorgelegen, so hätte das Gericht dies dem Antrag des Verteidigers gegenüber unzweideutig aussprechen können und müssen. Die demnach gebotene Auslegung jenes Teils der Sitzungsniederschrift erfährt eine Bestätigung insofern, als die Gegenerklärung der StA. zu den Beschwerden des Angekl. über das Verfahren, die auf Grund einer Erklärung des Vorsitzenden und eines Beschlusses des Gerichts abgegeben worden ist, die Behauptung des BeschwF., daß die Schöffen die Anklageschrift während der Verhandlung und in den Zwischenzeiten zu ihrer Unterrichtung gebraucht haben, stillschweigend hinnimmt.

Das gerügte Verfahren ist gesetzwidrig.

Der Entw. der StPO. hatte in § 165 (jetzt § 200) die Aufnahme der wesentlichen Ergebnisse der stattgehabten Ermittelungen in die Anklageschrift nicht vorgesehen und in § 205 (jetzt § 243) bestimmt, daß im Beginn der Verhandlung der Inhalt der Anklageschrift durch die StA. mitzuteilen sei (Hahn, Mat. 1, 24, 28). In den Motiven wurde hierzu bemerkt, daß der Entw. einen freien Vortrag und keine eigentliche Verlesung der Anklageschrift im Auge habe (Hahn, Mat. 1, 191). In der ersten Lesung der Kommission führte der Abgeordnete Dr. Schwarze über die Anklageschrift aus, durch diese werde der Angeschuldigte gewissermaßen verurteilt, ehe noch die Sache ihren eigentlichen Anfang genommen habe; der Vortrag einer solchen Schrift beeinträchtige die Unabhängigkeit der Geschworenen; in ihm würden viele Tatsachen und Beweisergebnisse vorgetragen, die noch nicht durch die mündliche Verhandlung geläutert und gesichtet seien (Hahn, Mat. 1, 800). Derselbe Abgeordnete beantragte in der nächsten Sitzung der Kommission, den § 165 so zu fassen, daß in der Anklageschrift auch die wesentlichen Ergebnisse der seitherigen Ermittelungen darzustellen seien; hierbei erklärte er, die Verlesung einer solchen Anklageschrift in der Hauptverhandlung wolle er schlechterdings nicht, da durch sie eine Voreingenommenheit der Geschworenen herbeigeführt werden könne (Hahn 1, 802, 804). Die Kommission nahm den Antrag des Dr. Schwarze unter der Voraussetzung an, daß eine Verlesung der Anklageschrift mit der aus den Akten des Vorverfahrens geschöpften tatsächlichen Schilderung in der Hauptverhandlung nicht stattfinde (Hahn 1, 807). Dies hatte eine Änderung des § 205 (jetzt § 243) zur Folge. Von mehreren Seiten wurde der Antrag gestellt, daß im Beginn der Hauptverhandlung nicht die Anklageschrift, sondern der Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu verlesen sei. Der Abgeordnete Dr. Schwarze hob nochmals hervor, welche Bedenken der Verwendung der Anklageschrift in der Verhandlung entgegenstehen. Der Vertreter des RJA. anerkannte, daß die im Entw. vorgesehene Verlesung der Anklageschrift nicht beibehalten werden könne, nachdem die Beschlüsse der Kommission den Inhalt der Anklageschrift durch die Aufnahme des Ermittelungsergebnisses einschneidend geändert haben. Demgemäß wurde die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses statt der Anklageschrift beschlossen (Hahn 1, 842). Die zweite Lesung der Kommission ergab eine Änderung des den Inhalt der Anklageschrift betreffenden § 165 dahin, daß das wesentliche Ergebnis der stattgehabten Ermittelungen nur in den vor dem RG., den SchwG. und den LG. zu verhandelnden Sachen in die Anklageschrift aufzunehmen sei (Hahn 2, 1341). Die Kommission faßte den Erfolg der Beratungen in ihrem Bericht in der Erklärung zusammen, daß die Verlesung der vom StA. angefertigten Anklageschrift endgültig beseitigt werden müsse, weil sie einen nachteiligen Einfluß auf die unbefangene Beurteilung der Sache bei den Geschworenen ausübe und die unparteiische Würdigung der Beweise erschwere, und daß die Verlesung keinesfalls durch eine Mitteilung der Anklageschrift in freiem Vortrag ersetzt werden dürfe (Hahn 2, 1581). Der RT. stimmte den Beschlüssen der Kommission zu (Hahn 2, 1886, 1898).

Das RG. folgte in seiner Rspr. dem aus der Entstehungsgeschichte ersichtlichen Willen des Gesetzgebers. Es ließ die Verwendung der Anklageschrift in der Hauptverhandlung zwar zur Erläuterung eines mangelhaften Eröffnungsbeschlusses in dem Sinn zu, daß die dem Angekl. zur Last gelegte Tat, der als Verletzung eines Strafgesetzes bezeichnete geschichtliche Vorgang beim Fehlen ausreichender Angaben im Eröffnungsbeschluß nach der Anklageschrift zu bestimmen sei (RGSt. 44, 30; JW. 1927, 1595 [32]; 1930, 2562 [28]). Dagegen lehnte das RG. jede Einwirkung auf die Richter durch Unterbreitung der schriftlich dargestellten Ergebnisse des Vorverfahrens als dem wichtigen Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zuwiderlaufend ab. Die Entsch. des RG. wiesen immer nachdrücklich darauf hin, daß alles zu vermeiden sei, was die Richter daran hindern könne, ihre Überzeugung so, wie § 261 StPO. dies vorschreibt, ausschließlich aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung zu schöpfen. Insbes. sprach der erk. Sen. (RGSt. 32, 318; 53, 176) mit eingehender Begründung aus, daß eine aus den Akten ausgezogene Darstellung des Sachverhalts regelmäßig geeignet sei, die Richter von der unbefangenen Beurteilung abzulenken, daß sie deshalb auch dem Vorsitzenden nicht gestattet werden dürfe, und daß hierin ein besonders strenger Maßstab da anzulegen sei, wo Geschworene zur Teilnahme an der Urteilsfindung berufen sind. Diese Ansicht wurde vom 3. StrSen: LZ. 1920, Sp. 834 und JW. 1921, 1039 [53] gebilligt.

Der Senat hält an der ständigen Rspr. fest. Eine Abweichung wäre wegen der schädlichen Folgen nicht zu verantworten. Ergänzend ist folgendes zu bemerken. Wenn es

für unzulässig zu erachten ist, daß der Vorsitzende in der Hauptverhandlung mündlich darüber berichtet, welchen Sachverhalt er aus den schriftlichen Verhandlungen des Vorverfahrens entnimmt, so kann noch viel weniger zugelassen werden, daß die Richter eine schriftliche Darstellung des StA., die sich über das Ergebnis der Ermittelungen ausläßt, in der Hauptverhandlung oder in den Zwischenzeiten der Unterbrechung gebrauchen, um das Bild des abzuurteilenden Ereignisses in sich zu gestalten. Denn die Schilderung des StA. bietet im Vergleich mit dem Vortrag des Vorsitzenden jedenfalls keine größere Gewähr dafür, daß die entlastenden Umstände nicht minder als die belastenden berücksichtigt werden. Ferner geht von dem der Wiederholung zugänglichen Lesen einer über die Dauer der Verhandlung zur Verfügung stehenden Schrift eine nachhaltige Wirkung aus, während das, was im Beginn der Verhandlung mündlich dargelegt worden ist, sich verflüchtigen und durch die Eindrücke der Beweisaufnahme verdrängt werden mag.

Das Urt. GoltdArch. 62, 155 steht nicht entgegen. Dieses Urteil glaubte, die Überlassung von Anklageschriften an die Mitglieder der StrK., die damals nur mit BerR. besetzt war, nicht beanstanden zu sollen. Es stellte hierzu die Erwägung an, daß der Vorsitzende vom Inhalt der Anklageschrift für die Vorbereitung und Leitung der Verhandlung regelmäßig Kenntnis nehme, daß nach § 23 Abs. 3 StPO. a. F. einzelne Richter, die bei der Entsch. über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt haben, an der Hauptverhandlung vor der StrK. teilnehmen dürfen und daß im übrigen die Einsicht in die Akten den Mitgliedern der erk. StrK. zustehe. Diese Erwägung trifft auf die Schöffen und die Geschworenen nicht zu. Eine Einsicht der Schöffen oder der Geschworenen in die Akten ist im Gesetz nicht vorgesehen und findet nicht statt. Überdies verwehren gewichtige innere Gründe die Gleichstellung der Schöffen und der Geschworenen mit den BerR. für die hier in Betracht kommende Empfänglichkeit gegenüber gesetzwidrigen Einflüssen. Die BerR., die mit den gesetzlichen Vorschriften und mit der geschäftlichen Übung vertraut sind, mögen im allgemeinen kraft ihrer Schulung und Erfahrung in der Lage sein, die Eindrücke auf ihre Meinung über den tatsächlichen Hergang, die aus der Anklageschrift herrühren, von denen abzuscheiden, die in der Hauptverhandlung entstehen. Den Schöffen und den Geschworenen kann die Fähigkeit zu einer solchen Unterscheidung, von seltenen Ausnahmen abgesehen, nicht zuerkannt werden. Wird ihnen die in der Anklageschrift niedergelegte, aus den Akten des Vorverfahrens abgeleitete Darstellung des Sachverhalts überlassen, so daß sie sich innerhalb und außerhalb der Hauptverhandlung von ihrem Inhalt unterrichten können, so ist regelmäßig mit der Folge zu rechnen, daß sich die aus verschiedenen Quellen zufließenden Eindrücke vermischen und daß ihre Ansicht über das Geschehene sich auch nach der Schilderung richtet, die der StA. in der Anklageschrift gegeben hat.

Der Senat sieht demnach den das Verfahren beherrschenden Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der vorliegenden Sache als verletzt an. Doch begründet dieser Verstoß gegen das Verfahrensrecht die Rev. nur unter der in § 337 StPO. bestimmten Voraussetzung, daß das angefochtene Urteil auf ihm beruht. Die Berücksichtigung des Inhalts der den Schöffen zum Gebrauch überlassenen Anklageschrift führt zu dem Schluß, daß diese Voraussetzung erfüllt ist.

(4. Sen. v. 8. Febr. 1935; 4 D 787/34.) [W.]

<= RGSt. 69, 120.>

*

16a. §§ 342, 44 ff. StPO. **Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nur gegen die Versäumung von Fristen gegeben; sie ist dagegen unzulässig, wenn die betreffende Frist gewahrt ist und nur einzelne Angriffe gegen die angefochtene Entscheidung nachgeholt werden sollen (RGSt. 24, 250).**

(3. Sen., Beschl. v. 4. März 1935; 3 D 1289/34.) [Hu.]

Reichserbhofgericht

****17.** §§ 25 Abs. 1, 31, 37 Abs. 3 REerbhofG.

1. Übergabeverträge können nur genehmigt werden, wenn den Voraussetzungen für die Wahl des Übernehmers genügt ist, wenn sie den Hof nicht über seine Kräfte belasten und, was im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber selbstverständlich ist, auch im übrigen mit den Bestimmungen und Grundsätzen des REerbhofG. im Einklang stehen.

2. So sind insbesondere die in § 31 REerbhofG. zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken, die zwar unmittelbar nur für die gesetzliche oder auf Verfügung von Todes wegen beruhende Anerbenfolge gelten, auch bei Übergabeverträgen zu beachten. Auch die Übergabeverträge müssen den Grundsätzen und Zielen der Erstarkung des Hofes, der Vermeidung einer Verschuldung des Hofes, der Erhaltung des Hofes als Erbe der Sippe, des Zurücktretens der persönlichen Belange des Erbhofbauern vor den Belangen des Hofes Rechnung tragen.

I. Die Bauerseheleute Johann und Franziska H. in S., die im Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft des BGB. leben, sind Eigentümer eines Grundbesitzes in der Größe von 23,665 ha (darunter 36 Tagwerk Wald) mit einem Einheitswert von 13 500 *RM*. Der Grundbesitz ist nur mit einer Hypothek von 5000 GM. belastet. Die Mündelsicherheitsgrenze berechnet sich auf 11 880 *RM*. Viehstand: 4 Pferde, 23 Stück Rindvieh.

Die Eheleute H. ließen zusammen mit ihrem Sohn Josef am 16. Juni 1934 vor dem Notariat N. einen Vertrag beurkunden, wonach sie ihren Hof mit Zubehör ihrem Sohn Josef unter folgenden Bedingungen übergeben:

1. Übernahme der Hypothek von 5000 GM. und einer Kontokorrentschuld gegenüber dem Darlehnskassenverein N. zu 500 *RM* durch den Übernehmer;
2. Zahlung eines Zehrpfennigs von 200 GM. an die Übergeber in jährlichen Raten von 50 GM. ab 1. Nov. 1934;
3. Leibgedinge mit Wohnungsrecht für die Übergeber; ein jährliches Taschengeld von 300 GM. — nach dem Tode eines der beiden Elternteile ermäßigt auf 200 GM. — und Naturalreichnisse;
4. Wegzugsrecht der Übergeber vom Hofe mit der Verpflichtung des Übernehmers, Mietzins für eine neue Wohnung zu zahlen und die Naturalreichnisse 5 km weit vom Hofe nachzureichen;
5. Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und einer Reallast für Ziff. 4 der Bedingungen.

Das AnerbG. N. hat am 16. Juli 1934 folgenden Beschluß erlassen:

1. Die Übergabe des Hofes Haus Nr. 20 in St. der Bauerseheleute Johann und Franziska H. nach Maßgabe der Urkunde des Notariats N. v. 25. Juni 1934, GR Nr. 294, wird genehmigt mit folgenden Auflagen:
   a) Von dem Eheeinbringen der Braut des Übernehmers sind mindestens 4000 *RM* zur teilweisen Wegfertigung der übernommenen dinglichen und persönlichen Schulden zu verwenden;
   b) der Übergabevertrag ist dahin abzuändern, daß die Übergeber, wenn sie ohne wichtigen Grund vom Anwesen wegziehen, lediglich eine jährliche Rente von 500 *RM* zu beanspruchen haben, die übrigen Leistungen aber ohne Entschädigung wegfallen.
2. Die Kosten des Verfahrens haben die Beteiligten gesamtverbindlich zu tragen.

Auf sofortige Beschw. des Kreisbauernführers, in der insbes. die Auflage des Beschlusses des AnerbG. unter Ziff. 1 b beanstandet wurde, und auf die ebenfalls eingelegte sofortige Beschw. des Notariats N., das sich gegen die im Beschluß des AnerbG. angeordneten Auflagen wendet, hat das ErbhGer. in N. mit Beschl. v. 26. Sept. 1934 die sofortige Beschw. des Kreisbauernführers zurückgewiesen und den Beschluß des AnerbG. N. dahin abgeändert, daß die beiden Auflagen in Wegfall kommen.

Der Landesbauernführer hat gegen diesen Beschluß rechtzeitig sofortige weitere Beschw. eingelegt und die Vereinbarung eines Wegzugrechts der Übernehmer vom Hof beanstandet, da diese Vereinbarung mit § 31 REerbhofG. nicht im Einklange stehe.

Die Beteiligten, hierzu gehört, haben vor dem AnerbG. N. erklärt, auf diese Vereinbarung verzichten zu wollen, und haben in

einer nachträglichen Urkunde die Streichung dieser Vertragsbestimmung (oben Ziff. 4 der Bedingungen) beurkunden lassen.

II. Nach § 37 Abs. 3 RErbhofG. soll die Übergabe eines Erbhofes genehmigt werden, wenn der Bauer den Hof einem Anerbenberechtigten übergeben will, der beim Erbfall der Nächstberechtigte wäre oder vom Erblasser gem. § 25 zum Anerben bestimmt werden könnte, wenn ferner der Übergabevertrag den Erbhof nicht über seine Kräfte belastet und dieser Vertrag auch im übrigen — was im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber selbstverständlich ist, — mit den Bestimmungen und Grundsätzen des RErbhofG. im Einklange steht.

Die erste Voraussetzung der Vertragsgenehmigung nach § 37 Abs. 3 des Ges., die die Wahl des Übernehmers betrifft, ist nach den Erhebungen des RErbhGer. erfüllt. Josef H. durfte unter seinen mehreren Brüdern zur Übernahme des Hofes bestimmt werden, da in der Gegend von S. freie Bestimmung des Anerben durch den Bauern üblich ist (§ 25 Abs. 1 RErbhofG.).

Nachdem auf die Vereinbarung des freien Wegzugsrechts der Übernehmer vom Hofe mit der damit verbundenen Hofbelastung von den Beteiligten verzichtet wurde, ist aus den übrigen Vertragsbestimmungen nur noch die Unterhaltsvereinbarung als mit den Bestimmungen und dem Geist des Gesetzes nicht im Einklange stehend zu beanstanden. Wenn die Übergeber neben einem reichlichen Natural-Leibgedinge ein jährliches Taschengeld von 300 RM und daneben noch für die ersten vier Jahre einen „Zehrpfennig“ von jährlich 50 GM. erhalten sollen, so waren für diese Vereinbarung nicht die Belange des Hofes und auch nicht der Unterhaltsbedarf der Hofübergeber maßgebend. Ein Unterhalt in diesem Ausmaße geht über den „in solchen Verhältnissen üblichen Unterhalt“ erheblich hinaus. Nun ist die in § 31 RErbhofG. enthaltene Bestimmung, daß der überlebende Ehegatte eines Erblassers von dem Anerben lebenslänglich „den in solchen Verhältnissen üblichen Unterhalt auf dem Hofe“ verlangen kann, zwar für die gesetzliche oder auf Verfügung von Todes wegen beruhende Anerbenfolge (§§ 20 ff., 28 des Ges.) getroffen und nicht unmittelbar auch bei der Übergabe des Hofes bei Lebzeiten für die Rechte der Übergeber maßgebend. Aber die Grundgedanken dieser Bestimmung gehen doch über den Rahmen des § 31 des Ges. hinaus und laufen in gleicher Richtung wie die anderen im Gesetz und in dessen Einleitung ausgesprochen und unausgesprochen enthaltenen Grundsätze und Ziele: der Erstarkung des Hofes, der Vermeidung einer Überschuldung des Hofes, der Erhaltung des Hofes als Erbe der Sippe, des Zurücktretens der persönlichen Belange des Erbhofbauern vor den Belangen des Hofes. In Verbindung mit diesen Zielen und Zwecken des Gesetzes enthält der § 31 einen Grundsatz, der auch bei einem mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge abgeschlossenen Übergabevertrage zu beachten ist. Die Vertragsvereinbarungen über den Unterhalt der Übergeber lassen aber die Beachtung dieser Grundgedanken des Gesetzes vermissen. Der erk. Sen. erachtete bei Mitberücksichtigung der schon vorhandenen Hofbelastung ein jährliches Taschengeld von 250 GM. neben dem vereinbarten Leibgedinge für gesetzentsprechend, ausreichend und tragbar. Dieses Taschengeld ermäßigt sich nach dem Tode des zuerst versterbenden Ehegatten, wie dies auch im Vertrage bestimmt ist, auf $^2/_3$ des Betrages. Die Vereinbarung eines weiteren Zehrgeldes, das nur der gleichen Bestimmung dient wie das Taschengeld, widerspricht den dargelegten Grundsätzen des Gesetzes.

Aus diesen Gründen war die Genehmigung des Vertrages in der Form einer Auflage von der Ermäßigung der bezeichneten Leistungen abhängig zu machen.

(RErbhGer., 1. Sen., Beschl. v. 13. Febr. 1935, 1 RB 683/34.)

Erbhofgerichte

Celle

18. §§ 1, 15, 38 RErbhofG. Erwirbt der Eigentümer eines im Zwangsversteigerungsverfahren befindlichen erbhoffähigen Besitztums nach dem 1. Okt. 1933 die Bauernfähigkeit (Wirtschaftsfähigkeit), die ihm vorher gefehlt hat, so erlangt das Besitztum damit die Erbhofeigenschaft. Die Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren steht dem nicht entgegen. †)

Der Bauer B. ist als Eigentümer des 13,74,90 ha großen Erbhofes eingetragen. Er ist auf Grund des Erbauseinandersetzungsvertrages v. 18. Nov. 1929 Eigentümer geworden. Im Auseinandersetzungsvertrage hat sich B. verpflichtet, seinen vier Schwestern, der BeschwF., der Frau Tr., der Frau B. und der Elisabeth B. je 5000 GM. als Abfindung und außerdem der BeschwF. 2000 RM nebst Zinsen zu zahlen.

Die BeschwF. hat wie auch ihre Schwestern wegen ihrer Ansprüche aus dem Erbauseinandersetzungsvertrage gegen den Bauern vollstreckbare Schuldtitel erwirkt. Sie betreibt wegen des Anspruches von 2000 RM aus der Schuldübernahme und wegen eines Anspruches von 250 RM Zinsen aus dem Abfindungsanspruch die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung des Grundbesitzes.

B. hat in einem früheren Verfahren vor dem AnerbG. beantragt, festzustellen, daß sein Grundbesitz Erbhof sei. Das AnerbG. hat darauf im Einvernehmen mit dem Kreisbauernführer den Beschl. v. 10. März 1934 mit dem Inhalt verkündet: „Der Antragsteller ist z. Z. nicht bauernfähig. Es wird ihm anheimgegeben, nach dem Vorschlage des Kreisbauernführers v. 7. März 1934 durch praktische Tätigkeit in einem von diesem bestimmten, gut geleiteten landwirtschaftlichen Betriebe seine Bewirtschaftungsfähigkeiten nachzuweisen.“ Gegen diesen Beschluß haben die am Verfahren Beteiligten, der Antragsteller und der Kreisbauernführer, keine Beschw. eingelegt.

Später, am 20. Aug. 1934, hat B. im vorl. Verfahren beantragt, ihn für bauernfähig zu erklären, und festzustellen, daß sein Grundbesitz Erbhof sei. Nach Vernehmung des Ortsbauernführers und des Bauern B. und nach Anhörung des Kreisbauernführers hat das AnerbG. durch Beschl. v. 22. Sept. 1934 B. nunmehr für bauernfähig erklärt und die Erbhofeigenschaft seines Hofes festgestellt. Das Gericht ist der Überzeugung, daß die früheren Bedenken hinsichtlich des Mangels an Erfahrung und an den notwendigen praktischen Kenntnissen zur Leitung eines bäuerlichen Betriebes bei B. infolge der gewandelten Einstellung und der erwiesenen praktischen Leistungen während der Probezeit behoben seien.

Gegen diesen Beschluß hat die BeschwF. sofortige Beschw. eingelegt. Sie beanstandet die Bauernfähigkeit ihres Bruders.

Die Beschw. ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Für die hier zu treffende Entsch. ist nicht nur der angefochtene Beschluß, sondern auch der Beschluß des AnerbG. v. 10. März 1934 von Bedeutung, weil in ihm das AnerbG. festgestellt hat, daß der Antragsteller zum damaligen Zeitpunkt nicht bauernfähig war, und weil dieser Beschluß rechtskräftig geworden ist. Zwar kann gegen diesen Beschluß das Bedenken erhoben werden, ob er sachlich gerechtfertigt war; ob dem Antragsteller etwa damals in Wahrheit die Bauernfähigkeit nicht gefehlt hat, sondern ob nur Bedenken gegen sie vorlagen und der Antragsteller nicht in der Lage war, sie alsbald zu entkräften, sondern es dazu des Nachweises durch eine Betätigung bedurfte, die mehrere Monate erforderte. Es ist kaum anzunehmen, daß eine Tätigkeit in der Landwirtschaft von Mitte März bis Mitte August eines Jahres, also von etwa fünf Monaten, genügt hätte, dem Antragsteller die erforderlichen Fähigkeiten zur Bewirtschaftung seines Grundbesitzes zu verschaffen, wenn sie ihm bis zum Erlasse des ersten Beschlusses des AnerbG. wirklich gefehlt haben. Gleichwohl müssen diese Bedenken hier auf sich beruhen bleiben. Denn das AnerbG. hat in dem Beschl. v. 10. März 1934 unzweideutig ausgesprochen, daß der Antragsteller damals nicht bauernfähig war; und dieser Beschluß ist rechtskräftig geworden. Der Antragsteller muß ihn deshalb gegen sich gelten lassen. Deswegen ist von ihm als von einer nicht mehr nachprüfbaren Entsch. auszugehen und hier ohne Rücksicht auf die hervorgehobenen Bedenken zugrunde zu legen, daß der Antragsteller am 10. März 1934 nicht bauernfähig war. Eine Feststellung seiner Bauernfähigkeit im vorl. Verfahren kann also nur die Zeit seit dem 10. März 1934, nicht mehr die voraufgegangene Zeit und insbes. nicht mehr die Zeit des Inkrafttretens des RErbhofG. am 1. Okt. 1933 betreffen. Für diese Zeit vor dem 10. März 1934 ergibt sich aus dem Beschlusse des AnerbG. v. 10. März 1934 nach feststehender Rspr. und Rechtslehre notwendig die Folge, daß der Grundbesitz des Antragstellers bis dahin nicht Erbhof geworden ist. Kann er aber erst in der Folgezeit Erbhof geworden sein, so erhebt sich die Frage, ob dem nicht das i. J. 1932 eingeleitete Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren im Wege steht.

Das KG. hat diese Frage verneint (Beschl. v. 4. Juni 1934: JW. 1934, 2267; s. a. Vogels, RErbhofG., § 38, Anm. IV 2 d; § 37, Anm. III 1 b; Hesse bei Vogels-Hopp, ErbhRspr., § 1 Abs. I, Anm. zu Nr. 9). Dagegen hat das LErbhGer. bisher in ständiger Rspr. angenommen, daß Grundstücke, die im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung beschlagnahmt worden sind und einer nicht bauernfähigen Person gehören, durch eine Veräußerung an eine bauernfähige Person solange nicht Erbhof werden, wie die Beschlagnahme fortdauert; daß erst, wenn die Beschlagnahme aufgehoben wird, der bauernfähige Erwerber des Grundstücks für sich allein das zur Entstehung eines Erbhofes erforderliche vollwirksame Eigentum erwirbt und deswegen der Hof erst dann Erbhof werden kann (Entsch. des 1. Sen.

v. 26. April 1934, 1 EH 330/34; des 2. Sen. v. 15. Mai 1934, 2 EH 728/34 [Vogels-Hopp a. a. O. § 1 Abs. I Nr. 9] und v. 18. Sept. 1934, 2 EH 2289/34; des 3. Sen. v. 18. Mai 1934, 3 EH 362/34 [Vogels-Hopp a. a. O. § 1 Abs. I Nr. 6] und v. 21. Juni 1934, 3 EH 790/34). An dieser Ansicht hält der Senat auch gegenüber den gegen sie in dem Beschlusse des KG. vom 4. Juni 1934 geltend gemachten Bedenken fest. Im vorl. Falle handelt es sich aber nicht um eine Veräußerung des Erbhofes. Hier ist vielmehr die Frage zu beantworten, ob die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, ohne daß eine Veräußerung hinzukommt, eine allein auf Wandlungen in der Person des Eigentümers zurückzuführende Entstehung des Erbhofes hindert. Diese Frage verneint der Senat.

Die Versagung der Erbhofeigenschaft in den zuerst angeführten Fällen, in denen ein nicht bauernfähiger Eigentümer einen im Wege des Zwangsversteigerungsverfahrens beschlagnahmten, sonst erbhoffähigen Grundbesitz während der Dauer der Beschlagnahme an einen bauernfähigen Erwerber veräußert hat, beruht nach der Rspr. des Senats im wesentlichen auf folgenden Erwägungen. Nach § 20 ZwVerstG. gilt der Beschluß, durch den die Zwangsversteigerung angeordnet ist, zugunsten des betreibenden Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstückes. Nach § 23 ZwVerstG. hat die Beschlagnahme, soweit es hier in Betracht kommt, die Wirkung eines Veräußerungsverbots zugunsten des betreibenden Gläubigers gem. § 135 BGB. Da das Grundstück bisher einem nicht bauernfähigen Eigentümer gehörte, ist es bis zu seiner Veräußerung nicht Erbhof geworden. Seine Veräußerung hat sich also außerhalb des Bereiches der Vorschr. des RErbhofG. allein unter Geltung der Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, darunter insbes. auch des § 135 BGB., vollzogen. Durch die Veräußerung konnte also der Erwerber trotz seiner Bauernfähigkeit nicht vollwirksames Eigentum erlangen. Dem betreibenden Gläubiger gegenüber ist die Veräußerung an ihn unwirksam; ihm gegenüber bleibt die Rechtslage weiterhin dieselbe, wie wenn der bisherige nicht bauernfähige Eigentümer das Eigentum behalten hätte. Da aber ein Besitztum Erbhof nur entweder ganz oder überhaupt nicht sein kann, eine relative Erbhofeigenschaft wegen der sonst möglicherweise eintretenden unentwirrbaren Folgen abzulehnen ist, kann also das Besitztum in der Hand des bauernfähigen Erwerbers solange nicht Erbhof werden, wie die Rechtslage dem betreibenden Gläubiger gegenüber so anzusehen ist, als ob Eigentümer noch der nicht bauernfähige Veräußerer sei; also solange wie die Beschlagnahme fortdauert. Solange kann das Besitztum aus den angeführten Gründen nicht in den Bereich der Vorschr. des RErbhofG. hineinwachsen.

Diese Erwägungen können aber in dem hier zu entscheidenden Falle nicht Platz greifen. Er unterscheidet sich von den eben erörterten Fällen, wie schon kurz angedeutet, dadurch, daß in den eben erörterten Fällen der Hof in die Hände eines (neuen) bauernfähigen Eigentümers gelangt ist durch eine Veräußerung, also durch eine Verfügung über den Erbhof i. S. des § 135 BGB. durch den bisherigen nicht bauernfähigen Eigentümer — mag dieser damit eine Schädigung des betreibenden Gläubigers beabsichtigt haben oder nicht —, die der betreibende Gläubiger kraft des zu seinen Gunsten bestehenden Veräußerungsverbotes nicht gegen sich gelten zu lassen braucht; daß dagegen in dem hier zu entscheidenden Falle das Besitztum seinen Eigentümer nicht gewechselt hat und dieser irgendeine Verfügung über den Erbhof nicht vorgenommen hat, sondern daß das Besitztum nur dadurch einen bauernfähigen Eigentümer erhalten hat, daß ohne eine Veräußerung oder sonst eine Verfügung des Eigentümers allein auf dem Wege des Erwerbes einer persönlichen Eigenschaft der alte Eigentümer die Bauernfähigkeit erlangt hat. Gegen eine solche natürliche Fortbildung der persönlichen Verhältnisse des Schuldners und Eigentümers ist aber der Gläubiger durch die Beschlagnahme nach den angeführten Best. ebensowenig gesichert, wie beispielsweise gegen das Hineinwachsen des minderjährigen Schuldners und Eigentümers in die Volljährigkeit und den damit verbundenen Fortfall der Vormundschaft über ihn — was praktisch im einzelnen Falle wegen der möglicherweise stark verschiedenen Wirtschaftsweise des Vormundes und des volljährig gewordenen Mündels für den Gläubiger auch von entscheidender Bedeutung sein und erhebliche Nachteile für ihn im Gefolge haben kann. Durch die Beschlagnahme ist der Gläubiger keineswegs gegen jede Veränderung in der Rechtsstellung seines Schuldners geschützt. § 135 BGB. erklärt nur Verfügungen des Schuldners über den von der Beschlagnahme betroffenen Gegenstand für ihm gegenüber unwirksam. Ebenso wie diejenigen Besitzungen, bei denen alle Voraussetzungen für das Vorhandensein eines Erbhofes damals schon vorlagen, beim Inkrafttreten des RErbhofG. kraft dessen Best. in die Stellung eines Erbhofes auch dann eingerückt sind, wenn sie im Wege eines damals noch anhängigen Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahrens beschlagnahmt waren (und wie dieser Erwerb der Erbhofeigenschaft dann nach § 38 RErbhofG. zur Folge hatte, daß die anhängigen Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren eingestellt werden mußten), ist dasselbe der Fall, wenn bei einem Besitztum, bei dem damals noch nicht sämtliche Voraussetzungen für den Erwerb der Erbhofeigenschaft vorlagen, sondern es an einer der persönlichen Voraussetzungen beim Eigentümer fehlte, der Eigentümer diese später in einer Weise — zum Beispiel durch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit (§ 12 RErbhofG.) oder durch den Erwerb der Wirtschaftsfähigkeit (§ 15 RErbhofG.) erwirbt, gegen die der betreibende Gläubiger nicht, wie in den oben zuerst erörterten Fällen, in seinen Rechten geschützt ist, sondern die er gegen sich gelten lassen muß. Die Vorschr. der §§ 20 und 23 ZwVerstG. und des § 135 BGB. können in diesen Fällen die Entstehung des Erbhofes nicht hindern, weil sie nicht berufen sind, den Erwerb der Bauernfähigkeit zu hindern. Die hierfür in Betracht kommenden persönlichen Eigenschaften werden nicht im Wege einer Verfügung (§ 135 BGB.) erworben; sie können möglicherweise sogar erworben werden, ohne daß der Wille des Eigentümers gerade darauf gerichtet ist, wie zum Beispiel durch die Heirat einer Ausländerin, der ein sonst erbhoffähiges Besitztum in Deutschland gehört, mit einem Deutschen. Auch eine sinngemäße Auslegung kann deshalb nicht zur Anwendung der eben angeführten Vorschr. auf diese Fälle führen. Außerdem ist im RErbhofG. nirgends ausdrücklich vorgeschrieben und auch sonst nicht aus seinen Best. zu entnehmen, daß der Erwerb der Erbhofeigenschaft in der hier erörterten Weise sich nur beim Inkrafttreten des RErbhofG., nicht dagegen mehr in späterer Zeit solle vollziehen können. Danach hindert im vorl. Falle die Beschlagnahme auf Grund des Verfahrens der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung die Entstehung des Erbhofes nicht.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 14. Dez. 1934, 3 EH 1842/34.) [—n.]

Anmerkung: Der Entsch. ist im Ergebnis zuzustimmen. Sie geht zunächst mit Recht davon aus, daß für das schwebende Verfahren auf Grund der formellen Rechtskraft des AnerbGBeschl. vom 10. März 1934 unabänderlich für und gegen die Beteiligten festgestellt ist, daß das Anwesen des B. mit dem 1. Okt. 1933 wegen des Fehlens der Bauernfähigkeit des Eigentümers nicht die Erbhofeigenschaft erlangt hatte.

Grundsätzlich werden aber solche Anwesen dennoch in dem Zeitpunkt Erbhöfe, in dem die letzte Voraussetzung des § 1 RErbhofG. erfüllt wird. Trotz äußerer Erfüllung der Voraussetzungen wird jedoch nach der bisherigen Rspr. und Rechtslehre die Erlangung der Erbhofeigenschaft ganz oder teilweise verneint

a) bei Beschlagnahme des Anwesens im Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren,

b) beim Vorliegen eines sonstigen Veräußerungsverbots gem. § 135 BGB.,

c) bei Anfechtbarkeit der die Erfüllung der Voraussetzungen schaffenden Handlung.

Über die Verschiedenartigkeit der hierzu eingenommenen Stellungen vgl. Rötelmann: JW. 1935, 587 ff. und die dort angeführten Entsch. und Schriftsteller.

Der vorl. Fall ist unter a) einzureihen, er unterscheidet sich jedoch von allen übrigen bisher entschiedenen dadurch, daß die Erfüllung nicht durch eine Verfügung oder eine verfügungsähnliche Handlung (vgl. DNotZ. 1935, 17) erreicht wird. Den Ausführungen des Gerichts über die Unmöglichkeit sowohl der unmittelbaren wie auch der entsprechenden Anwendbarkeit des § 135 BGB. auf den Fall B. ist zuzustimmen. Rötelmann, der a. a. O. die vorstehende Entsch. bereits anführt, lehnt ebenfalls die Anwendung dieser Gesetzesstelle auf unsern Fall ab, kommt jedoch auf anderem Weg zum entgegengesetzten Ergebnis, dem ohne Angabe näherer Gründe auch Vogels, DNotZ. 1935, 244 zustimmt. Gegen die Richtigkeit der Ausführungen Rötelmanns bestehen jedoch erhebliche Bedenken, die zugleich die vorstehende Entsch. stützen.

1. Rötelmann schiebt die Bedeutung des § 38 RErbhofG. unter Hinweis auf die Gesetze vom 1. Juni 1933 und 27. Dez. 1933, die er dem RErbhofG. vorschaltet, zur Seite. Neu erbhoffähig werdende Grundstücke sollen hiernach vor der Anerkennung ihrer Erbhofeigenschaft entweder entschuldet oder versteigert werden oder sie brauchen beides nicht. Mit dieser Vorschaltung ist aber offenbar der Gesetzgeber nicht einverstanden, da er in §§ 32 ff. VO. vom 21. Dez. 1934 (RGBl. 1934, 1280) seinerseits die Frage der Erbhofeigenschaft u. U. vor der Entsch. über den Entschuldungsantrag geklärt wissen will und insbes. für Erbhöfe anderslautende Entschuldungsbestimmungen festgelegt hat. Desgleichen setzt § 6 Ges. v. 27. Dez. 1933 die Feststellung der Erbhofeigenschaft voraus, die die Anwendbarkeit der übrigen Best. dieses Gesetzes überhaupt

ausschließt. Wenn aber das Besitztum die Entschuldung nicht braucht, so ist es zweifellos lebensfähig mit der Aussicht auf dauernden Bestand und Befriedigung der Gläubiger. Warum sollte es dann kein Erbhof mit der Folge des § 38 RErbhofG. sein?

2. Der von Rötelmann entwickelte Begriff des „Alleineigentums", das schon beim Vorliegen der Beschlagnahme allein verneint wird, ist so weit gefaßt, daß es mit den Worten des Urhebers „doch sehr fraglich ist, ob sich das Denkbild eines Juristen von dem anderer Volksgenossen so weit entfernen darf". Vor allem aber — und das ist immer wieder der Kernpunkt des ganzen Problems — kann dieser Standpunkt des verfeinerten Alleineigentums gegenüber dem § 38 RErbhofG. unter Berücksichtigung des § 56 RErbhofG. gehalten werden? Dies ist zu verneinen. Rötelmann mußte zu seinem Standpunkt kommen, da er einerseits die Wirkung des § 23 ZwVerstG. auf den Erwerber in der bisher vom LErbhGer. Celle, Vogels und Hesse angenommenen Weise bestreitet, andererseits aber bei Verletzung des § 23 ZwVerstG. die Erlangung der Erbhofeigenschaft gleichwohl verneint. Seine Ausführungen a. a. O. S. 590, sind jedoch nicht überzeugend; selbst wenn man mit ihm der Anschauung ist, daß die Wirkung der Beschlagnahme bei Veräußerung eines erbhoffreien Grundstücks keine größere oder andere sein kann als ohne Veräußerung, so ist damit noch nichts gewonnen, im Gegenteil, man kommt nur zu dem Ergebnis, daß eben ohne Veräußerung kein Erbhof vorliegt, weil auch ohne Rücksicht auf die Beschlagnahme noch nicht alle Voraussetzungen des § 1 RErbhofG. erfüllt sind, daß aber mit ihrer Erfüllung, wie im vorl. Fall B., kein Unterschied mehr zur Lage vom 1. Okt. 1933 besteht, d. h. sofort Erbhofeigenschaft entsteht und die Beschlagnahme aufzuheben ist.

Dabei bestreitet Rötelmann wohl zu Unrecht, daß § 23 ZwVerstG. auf den Erwerber keinen anderen Einfluß habe als auf den Veräußerer. Der Veräußerer war immerhin Alleineigentümer nach der bisherigen allgemeinen rechtlichen Anschauung, der Erwerber aber wird es nicht, denn § 135 BGB. gibt ihm nicht nur nicht die gleiche Stellung wie dem Veräußerer, sondern verhindert überhaupt den Erwerb des Eigentums im Verhältnis zum Beschlagnahmegläubiger. § 135 S. 1 BGB. erklärt die gegen das Veräußerungsverbot verstoßende Verfügung ausdrücklich für unwirksam, weshalb auch der Veräußerer verfügungsberechtigt bleibt, der Erwerber erlangt (nach LErbhGer. u. a.) überhaupt nicht oder (nach Vogels u. a.) nur beschränkt das Alleineigentum auch nach allgemeinem Recht.

§ 56 RErbhofG. bietet keinen Anlaß, an das Alleineigentum im Erbhofrecht so sehr schärfere Anforderungen zu stellen als im allgemeinen Recht, wie es Rötelmann vertritt. Die anders als durch Rechtshandlungen, die gegen § 23 ZwVerstG. verstoßen, erfolgten Erfüllungen der Voraussetzungen des § 1 RErbhofG. erscheinen mir schutzbedürftiger als die Interessen der Gläubiger. Es entspricht sicher den Einleitungsworten des Gesetzes, wenn durch Urbarmachung, Errichtung einer Hofstelle oder Ersatz eines nichtbauernfähigen Eigentümers durch einen tüchtigen Bauern im Erbweg ein gesunder Bauernhof entsteht. Hierher gehört auch der Fall B., bei dem aber dem Gericht wegen seiner Bedenken gegen die sachliche Richtigkeit des Beschlußes des AnerbG. vom 10. März 1934 nur zuzustimmen ist. Eine zum entgegengesetzten Ziel führende Auslegung des Begriffes Alleineigentum würde daher m. E. gegen § 56 RErbhofG. verstoßen. Es ist zuzugeben, daß gerade beim Erbgang, bei der Teilung oder bei der Abtrennung eines Gewerbebetriebs auch ein nicht besonders tüchtiger Eigentümer ans Ruder kommen oder ein erheblich belasteter Erbhof entstehen kann. Beim Erbgang kann aber von einer anrüchigen Flucht in den Erbhof keine Rede sein, weshalb die Lage die gleiche ist wie gegenüber einer zweifelhaften, aber nicht gerade bauernunfähigen Person, die am 1. Okt. 1933 Bauer wurde. Bei der Teilung verhindert § 4 Ziff. 2 RErbhofG. die Bildung eines wirtschaftlich schwachen Hofes, bei der Abtrennung oder Einstellung eines bisher doch überwiegenden Gewerbebetriebs bleibt den Gläubigern entweder ein der freien Vollstreckung unterworfener Vermögensteil erheblichen Werts oder die Handlung widerspricht derartig Treu und Glauben, daß sie die Aberkennung der Bauernfähigkeit rechtfertigen dürfte. Gegenüber § 56 kann auch der Hinweis darauf nicht durchdringen, daß grundsätzlich der Erbe keine bessere Stellung einnimmt als der Erblasser. Seine tatsächliche aus dem Vorstehenden zu folgernde Besserstellung im Erbhofrecht durch die Anerkennung der Erbhofeigenschaft ist aber dadurch gerechtfertigt, daß in seiner Person gegenüber seinem Rechtsvorgänger ein schutzwürdiges Mehr an Voraussetzungen für die Erbhofeigenschaft gegeben ist, nämlich mindestens die Bauernfähigkeit oder das Alleineigentum im allgemeinen oder erbhofrechtlichen Sinn.

Wenn somit als Ergebnis dieser Betrachtung in Übereinstimmung mit der vorstehenden Entsch. die Erlangung der Erbhofeigenschaft bei Grundstücken, die am 1. Okt. 1933 erbhoffrei waren, nur dann zu verneinen ist, wenn die Erfüllung der Voraussetzungen des § 1 RErbhofG. gegen § 23 ZwVerstG., § 135 BGB. mittelbar oder unmittelbar verstößt, so ist die Beschlagnahme in den übrigen Fällen aufzuheben. Damit ist aber auch die Dauerhaftigkeit des geschaffenen Zustands mindestens in gleicher Weise gewahrt, wie bei den am 1. Okt. 1933 entstandenen Erbhöfen. Soweit vielleicht dadurch — zu denken wäre vor allem an den Fall des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit durch Heirat — unlautere Machenschaften mangels Beweises ungestraft bleiben, sind diese geringfügigen Ausnahmen im Interesse der wirklich schutzbedürftigen weitaus überwiegenden anderen Fälle mit in Kauf zu nehmen. Der Schaden wäre im umgekehrten Fall viel größer. Schließlich wird die heutige Unzahl von Versteigerungsverfahren in absehbarer Zeit wieder auf ein geringfügiges Maß zurückgeführt sein, so daß sich auch die Befürchtung nicht rechtfertigt, es könnten immer wieder zahlreiche ohne Entschuldung nicht sanierungsfähige Erbhöfe in Verfolgung der Rspr. des LErbhGer. Celle entstehen.

Notar Dr. Oeller, Waldkirchen b. Passau

*

19. § 38 RErbhofG. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Erbhofes ist vorbehaltlich der erforderlichen Genehmigung des AnerbG. auch jetzt noch zulässig und eintragungsfähig. †)

Auf dem Grundbesitz des Bauern Sch. ist für den Spar- und Darlehnskassenverein eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 4000 GM. eingetragen. Die Beteiligten sind sich einig geworden, diese Höchstbetragshypothek in eine Grundschuld von ebenfalls 4000 GM. nebst 5% Zinsen umzuwandeln. In der hierüber errichteten Urkunde hat sich der Eigentümer auch der sofortigen Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Erbhofes unterworfen und entsprechende Eintragungen im Grundbuche bewilligt. Der beurkundende Notar hat für die Beteiligten die anerbengerichtliche Genehmigung nachgesucht.

Das AnerbG. hat die Genehmigung versagt, weil die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in den Erbhof wegen des Vollstreckungsverbotes des § 38 RErbhofG. unwirksam sei und im Grundbuch nicht eingetragen werden könne.

Hiergegen haben die Antragsteller rechtzeitig Beschwerde eingelegt. Die angefochtene Entscheidung mußte aufgehoben werden, da das AnerbG. von einer unzutreffenden Rechtsauffassung ausgeht und infolgedessen von einer weiteren sachlichen Prüfung abgesehen hat.

Wenn auch die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in einen Erbhof grundsätzlich ausgeschlossen ist, so ist damit die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in den Erbhof und die Eintragung dieser Unterwerfung in das Grundbuch weder untersagt noch gegenstandslos. Die freiwillige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung gibt dem Gläubiger allerdings keine größere Möglichkeit zur Vollstreckung, als sie ein sonstiger Titel bieten würde. Die Urkunde nach § 794 Ziff. 5 ZPO. ersetzt lediglich den sonstigen Zwangsvollstreckungstitel. Inwieweit die Vollstreckung im Einzelfall möglich ist, regelt sich nach den Zwangsvollstreckungsbestimmungen, darunter auch nach den Bestimmungen des RErbhofG. Da sonach die freiwillige Unterwerfung nur der Ersatz eines Titels auf Zahlung ist, kann sie nicht als ein Verstoß gegen § 38 angesehen werden.

Das AnerbG. hat auch übersehen, daß das RErbhofG. noch gewisse Vollstreckungsmöglichkeiten (§§ 39, 59 RErbhofG.) offen läßt, für welche die Unterwerfung sogar praktische Bedeutung hat. Die Unterwerfung kann ferner für den Fall von Wert sein, daß das belastete Grundstück einmal die Erbhofeigenschaft verliert. In Übereinstimmung mit der Entsch. des KG. v. 8. Febr. 1934 (DNotZ. 1934, 346; Vogels, RErbhofG., 3. Aufl., S. 246) erachtet der Sen. die Unterwerfungsklausel und ihre Eintragung, vorbehaltlich der zur Belastung erforderlichen Genehmigung des AnerbG., als zulässig.

Da das AnerbG. den Antrag sachlich noch nicht geprüft hat, war Aufhebung und Zurückverweisung geboten.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 5. Febr. 1935, 2 We 279/35.) [—n.]

Anmerkung: Der vorl. Beschl. behandelt drei wichtige, nicht unbestrittene Fragen:

1. Daß die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde auch vom Erbhofbauern erklärt werden kann, begegnet keinerlei Zweifeln, solange die Unterwerfung nur wegen einer persönlichen Schuld ausgesprochen wird, da die Eingehung von Schuldverpflichtungen keiner Genehmigung der Anerbenbehörden bedarf. Bei Nichterfüllung der Verbindlichkeiten kann gegen den Bauern in gleicher Weise wie gegen jeden anderen Volksgenossen Leistungsklage er-

hoben und Leistungsurteil gefällt werden. Es bedeutet nur eine Vorwegnahme des Leistungsurteils, wenn sich der Bauer der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen der Schuld unterwirft. Insoweit dürften alle Meinungen einig sein.

Die Ansichten gehen aber auseinander, wenn nicht eine persönliche Schuld, sondern Ansprüche aus einer Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld Gegenstand der Klage bzw. Unterwerfungserklärung sind. So verneint das OLG. Naumburg die Zulässigkeit der Hypothekenklage (Urt. v. 2. Aug. 1934, 7 U 135/34: JW. 1935, 651) im wesentlichen mit der Begr., daß der Inhalt des Klagebegehrens und der Verurteilung in diesem Falle die Duldung der Zwangsvollstreckung in den Erbhof wäre, also nach § 38 RErbhofG. unzulässig sei. Diese Unzulässigkeit sei nicht erst in der Zwangsvollstreckung, sondern schon im Erkenntnisverfahren zu beachten und müsse zur Klageabweisung führen. Demgegenüber hat das OLG. Breslau (Urt. v. 24. Juli 1934, 5 U 42/34: JW. 1934, 2933) die Zulässigkeit der Hypothekenklage gegen den Erbhofsbauern mit der Begr. bejaht, daß Klage und Verurteilung noch keine unzulässige Zwangsvollstreckung darstellen. Es weist in der Begr. seiner Entsch. vor allem darauf hin, daß dem Hypothekengläubiger immer noch eine Reihe von Vorzugsrechten geblieben seien, wie das Recht zur Beschlagnahme der Erzeugnisse und der Miet- und Pachtzinsforderungen, schließlich das Recht vorzugsweiser Befriedigung gem. § 805 ZPO. aus Erzeugnissen und dann auch die Befugnis zum Widerspruch gegenüber einer Pfändung stehender Früchte nach § 810 Abs. 2 ZPO. Diese aus der Hypothek hergeleiteten Rechte könnten nur bei Zulassung der Hypothekenklage verwirklicht werden. Inhalt der Verurteilung sei dabei nur mehr die Duldung der nach dem RErbhofG. noch zulässigen Vollstreckungshandlungen, was in der Begr. des Urt. zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, in der zustimmenden Besprechung von Vogels (JW. 1934, 2933) aber mit Recht besonders hervorgehoben wird. Nunmehr hat sich auch das RG. unter Hinweis auf das Urteil des OLG. Breslau (JW. 1934, 2933) für die Zulässigkeit der Hypothekenklage ausgesprochen und damit diese Frage für die Praxis im hier vertretenen Sinn entschieden (RG. v. 19. Nov. 1934, VI 297/34: DNotZ. 1935, 219 [1])).

Was für die Verurteilung auf Grund einer Hypothekenklage gilt, muß in gleicher Weise für die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen eines dinglichen Anspruchs aus einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld gelten. Zu dieser Frage hat sich das KG. (Beschl. v. 2. Febr. 1934, 1 X 23/24: DNotZ. 1934, 346) in eingehender Begr. geäußert. Es ist mit Recht zur Bejahung der Zulässigkeit der Unterwerfung gekommen. In seiner Begr. führt es im wesentlichen die Punkte an, auf die sich das OLG. Breslau in dem obenerwähnten Urt. unter Bezugnahme auf den Beschl. des KG. stützt. Die Begr. erscheint überzeugend. Auf ihren Inhalt und die Ausführungen bei Vogels (Komm. § 37 Anm. IV 2a) darf verwiesen werden.

2. Eine andere Frage ist, ob die vom Erbhofbauern erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung der Genehmigung des AnerbG. bedarf. Diese Frage ist zu verneinen, wenn die Unterwerfungserklärung nur eine persönliche Schuld betrifft, nicht aber einen dinglichen Vollstreckungstitel schaffen soll. Wird aber eine Unterwerfungserklärung abgegeben, die das dingliche Recht aus einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld mit der sofortigen Vollstreckbarkeit gegen den jeweiligen Eigentümer ausstatten soll (§ 800 ZPO.), so wird vom KG. (Beschl. v. 8. Febr. 1934, 1 X 23/24: JW. 1934, 1244; DNotZ. 1934, 346) die Genehmigung des AnerbG. vor der Eintragung der Unterwerfungserklärung in das Grundbuch verlangt. Das Erfordernis der Genehmigung leitet das KG. aus dem Zweck des Belastungsverbots in § 37 RErbhofG. her. Es führt aus, daß das Erfordernis der Genehmigung nicht nur für jede Neubelastung, sondern auch für jede Erweiterung der bestehenden Belastungen gelten müsse. Nach der weiten Auslegung, die das KG. dem § 37 RErbhofG. gibt, erscheint ihm eine Genehmigung erforderlich, obwohl das Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung nur ein abhängiges, verfahrensrechtliches Nebenrecht der Hypothek und seine Eintragung demgemäß keine Belastung im eigentlichen Sinne darstellt.

Nun steht die Rspr. (RG. v. 11. Dez. 1933: JW. 1934, 403; RErbhGer. in wiederholten Beschlüssen, z. B. v. 23. Juli 1934: JW. 1934, 2697) und die Literatur mit wenigen Ausnahmen auf dem Standpunkt, daß sich die Belastungsgenehmigung nach § 37 RErbhofG. nur auf das dingliche Rechtsgeschäft erstreckt und dem obligatorischen Geschäft hierbei nur die Bedeutung zukommt, das dingliche Geschäft zu konkretisieren, d. h. einwandfrei festzulegen, der Erfüllung welchen schuldrechtlichen Geschäftes das zu genehmigende dingliche Geschäft dient. In konsequenter Durchführung dieses Gedankens ist z. B. die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung des Übereignungsanspruchs (RG.: JW. 1934, 2039) und die Eintragung einer Vormerkung auf Einräumung einer Sicherungshypothek (ErbhGer. Bamberg: JW. 1934, 2250) als nicht genehmigungsbedürftig angesehen worden. Da dem Vollstreckungsrecht aus der Unterwerfungserklärung der dingliche Charakter unstreitig fehlt, erscheinen Zweifel an der Genehmigungsbedürftigkeit wohl berechtigt, dies um so mehr, als Rspr. und Schrifttum für die strenge Beschränkung der Genehmigung nach § 37 Abs. 1 und 2 auf die dingliche Belastung eingetreten sind.

Trotz dieser Bedenken wird man die Genehmigungsbedürftigkeit aber bejahen müssen. Inhalt der Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld ist die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß aus dem Grundstück gewisse Geldzahlungen zu leisten sind (§§ 1113, 1191, 1199 BGB.), die sich bei der Hypothek nach Forderungsrechten bemessen. Die Befriedigung selbst geschieht durch Zwangsvollstreckung (§§ 1147, 1192 BGB.) in das Grundstück oder — was bei der Erbhofhypothek allein Bedeutung hat — in die mithaftenden Gegenstände. Das Recht zur Zwangsvollstreckung ist also mit Inhalt der dinglichen Belastung. Für die Auswirkungen dieser Belastung ist es dabei von größter Tragweite, ob die Zwangsvollstreckung erst nach Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens, in dem der Schuldner auch noch Einwendungen erheben kann, oder ohne weitere Förmlichkeiten aus einer notariellen Urkunde, eingeleitet werden kann. Dies wird besonders klar, wenn man sich vor Augen führt, daß der aus dem Vollstreckungstitel erwachsende Vollstreckungsrechtsanspruch des Gläubigers, der sich nur nach dem Inhalt der Urkunde richtet und von späteren Änderungen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses nicht unmittelbar berührt wird, mit den Befugnissen aus diesem Rechtsverhältnis nicht notwendig übereinstimmen muß. Dies kann so weit gehen, daß dem Gläubiger durch den Vollstreckungstitel die Möglichkeit zur Zwangsvollstreckung ohne weiteres formell gegeben ist, während ihm das materielle Recht, dessen Verwirklichung die Zwangsvollstreckung dienen soll, gar nicht zusteht. Der Schuldner ist bei vorliegendem Vollstreckungstitel in eine Verteidigungsstellung zurückgedrängt, die ihm die Wahrung der ihm etwa zustehenden Rechte nur durch eine besondere, von ihm zu erhebende Klage (§ 767 ZPO.) ermöglicht. Das dingliche Recht erhält also durch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gleichsam eine neue, dem Gläubiger besonders willkommene Erscheinensform, den dinglichen Vollstreckungsrechtsanspruch, der in gewisser Hinsicht unabhängig vom dinglichen Recht selbst besteht, wenn er ursprünglich auch nur ein Ausfluß des letzteren ist. Soweit dieser Vollstreckungsrechtsanspruch als selbständiges Recht nur gegen eine bestimmte Person auf Grund eines gegen sie ergangenen Urt. (im streitigen Verfahren, auf Grund Anerkenntnisses oder als Versäumnisurteil) oder erklärter Unterwerfung wirkt, wird die rein prozessuale Natur des Vollstreckungsrechts nicht überschritten. In diesen Fällen erscheint deshalb eine anerbengerichtliche Genehmigung der Unterwerfung auch bei weiter Auslegung des § 37 Abs. 1 und 2 RErbhofG. nicht erforderlich. Wo aber die Unterwerfungserklärung einen gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer wirksamen Vollstreckungsrechtsanspruch schaffen soll (§ 800 ZPO.), sind ihre Auswirkungen mit denen einer dinglichen Belastung vergleichbar. Sie kann eine wirtschaftlich und rechtlich nicht unerhebliche Schlechterstellung des Schuldners bedeuten, die gegen eine unbestimmte Zahl weiterer Personen (der späteren Eigentümer) wirkt. In diesen Fällen verlangt § 800 ZPO. Eintragung der Unterwerfung in das Grundbuch. Durch die Eintragung wird natürlich kein dinglicher Charakter der aus der Unterwerfung sich für den Gläubiger ergebenden Rechte begründet, aber doch angedeutet, daß Wirkungen vorliegen, die denen eines dinglichen Rechts gleichen. Aus diesem Grunde erscheint in den Fällen der Unterwerfung nach § 800 ZPO. die Genehmigung der Anerbenbehörden erforderlich, deren Vorliegen vor Eintragung in das Grundbuch nachgewiesen werden muß (übereinstimmend Vogels, Komm. § 37 Anm. III 2a).

3. Eine weitere Frage ist in dem Beschl. stillschweigend übergangen. Die Frage, ob die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Grundschuld einer Genehmigung bedarf. Das LErbhGer. scheint die Genehmigungsbedürftigkeit in Übereinstimmung mit dem KG. (Beschl. v. 18. Febr. 1935: JW. 1935, 1184 [1]; DNotZ. 1935, 218) zu verneinen. Die Frage ist von so großer Tragweite, daß es erwünscht gewesen wäre, das Gericht hätte seine Stellungnahme ausdrücklich niedergelegt und begründet. Wie vielfältig die hier zu beachtenden Probleme sind, zeigt der im Anschluß an die erwähnte KGEntsch. erschienene Aufsatz von Weh (oben S. 1603), der nach erschöpfender Untersuchung und mit überzeugenden Gründen sich für die Genehmigungsbedürftigkeit der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld einsetzt.

Notar, Dr. Seybold, Berlin.

---

[1]) Die Entsch. des RG. v. 19. Nov. 1934, VI 297/34, wird mit Besprechung in dem am 8. Juni 1935 erscheinenden Heft der JW. veröffentlicht. D. S.

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

20. §§ 1228, 1282, 1283, 1288 BGB.; § 54 GBO.; KündSchVO. v. 11. Nov. 1932 (RGBl. I, 525). Durch eine löschungsfähige Quittung, in welcher der Pfandgläubiger einer Grundschuld bestätigt, daß der Eigentümer den Betrag an ihn gezahlt hat, wird der Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer noch nicht nachgewiesen; es bedarf hierfür vielmehr noch — abgesehen vom Nachweise des Bestandes und der Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers — des Nachweises der Fälligkeit der Grundschuld.

Im Grundbuche war eine Grundschuld für den Kaufmann G. sowie deren Verpfändung an V. eingetragen. Auf Grund löschungsfähiger Quittung des V., in welcher dieser bestätigt, daß der Eigentümer den Betrag an ihn gezahlt hat, ist die Grundschuld auf den Eigentümer und zugleich gemäß dessen Abtretungserklärung und Eintragungsbewilligung mit neuen Zahlungs- und Kündigungsbedingungen auf V. umgeschrieben worden. G. hat daraufhin bei dem GBA. die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen diese Umschreibungen angeregt, weil eine Kündigung der Grundschuld nicht erfolgt und nach dem Gesetz über den Kündigungsschutz bzgl. zwangsgesenkter verzinslicher Forderungen auch nicht zulässig gewesen sei, so daß die Auszahlung des Betrages an den Pfandgläubiger V. unwirksam gewesen sei. Das GBA. hat die Eintragung des Amtswiderspruchs abgelehnt, das LG. die hiergegen eingelegte Beschw. zurückgewiesen. Die weitere Beschw. führte zur Aufhebung der Vorentsch. und zur Zurückverweisung der Sache an das GBA. zwecks Anstellung von Ermittlungen.

Die Eintragung des Amtswiderspruchs setzt gem. § 54 GBO. voraus, daß die betreffende Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschr. vorgenommen und daß durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig geworden ist.

Die von dem BeschwF. angegriffene Eintragung durfte nur erfolgen, wenn dem GBA. nachgewiesen war, daß die Grundschuld auf den Grundstückseigentümer übergegangen war. Dieser Übergang wurde durch die Quittung des Pfandgläubigers allein aber noch nicht nachgewiesen. Nach § 1282 i. Verb. m. §§ 1228 Abs. 2, 1288 Abs. 2 BGB. ist der Pfandgläubiger, wenn die pfandgesicherte Forderung fällig ist, in Höhe ihres fälligen Betrages berechtigt, die verpfändete Forderung mit Wirkung gegen den Pfandschuldner — Gläubiger der verpfändeten Forderung — einzuziehen. Das Einziehungsrecht des Pfandgläubigers setzt aber auch die Fälligkeit der verpfändeten Forderung voraus (RGRKomm., 8. Aufl., Anm. 1; Staudinger, 9. Aufl., Anm. II 1 b zu § 1282 BGB.). Hängt die Fälligkeit des verpfändeten Rechts nach dessen Inhalt von einer vorherigen Kündigung ab, so kann nach eingetretener Einziehungsbefugnis — Fälligkeit der pfandgesicherten Forderung — gem. § 1283 Abs. 2 BGB. die Kündigung vom Pfandgläubiger gegenüber dem Drittschuldner oder umgekehrt erfolgen.

Die Zulässigkeit der Vornahme der beanstandeten Eintragung setzte hier also voraus: 1. daß dem Pfandgläubiger aus dem gesicherten Kredit eine Forderung von 20 000 *RM* gegen den Kaufmann G. zustand, 2. daß diese Forderung fällig war, 3. daß die verpfändete Grundschuld durch Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist fällig gemacht war. Vor Eintritt der Fälligkeit der Grundschuld konnte diese mit Wirkung gegenüber dem BeschwF. als Gläubiger nicht gezahlt werden, weil die Vorschr. der §§ 271 Abs. 2, 1142 Abs. 1 letzter Halbsatz, wonach der Schuldner im Zweifel eine Forderung schon vor deren Fälligkeit bezahlen darf, Vorschriften, deren Anwendbarkeit schon bzgl. des dinglichen Hypothekenrechts zweifelhaft ist (vgl. RGRKomm. Anm. 3; Planck, 4. Aufl., Anm. 3 b zu § 1142 BGB.; JW. 1924, 1621; OLG. 28, 90), für das rein dingliche Grundschuldrecht keinesfalls Geltung haben können (§ 1192 BGB.).

Falls die vorstehenden Voraussetzungen für das Einziehungsrecht des Pfandgläubigers bei dem GBA. nicht offenkundig waren, mußte es darüber Amtsermittlungen anstellen, da der Grundsatz, daß die Eintragungsunterlagen im Grundbuchverfahren vom Antragsteller zu beschaffen sind, in dem Amtsverfahren des § 54 GBO. nicht gilt. Hat das GBA. die Eintragung ohne Offenkundigkeit der erörterten Voraussetzungen lediglich auf Grund der Erklärung des Pfandgläubigers vorgenommen, so hat es insofern das Gesetz i. S. des § 54 GBO. verletzt, ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen in Wirklichkeit vorlagen. War das letztere nicht der Fall, so ist auch das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden, weil die Grundschuld nicht auf den Grundstückseigentümer übergegangen ist. Dieser Übergang ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Zahlung des Grundstückseigentümers nicht auf die Grundschuld, sondern auf die durch sie gesicherte Forderung des Pfandgläubigers erfolgt ist; denn deren Erfüllung hätte lediglich das Erlöschen des Pfandrechts zur Folge gehabt (§§ 1252, 1273 Abs. 2 BGB.).

Auf die Kündigungsbeschränkungen der VO. v. 11. Nov. 1932 (RGBl. I, 525) kann der BeschwF. sich nicht berufen, weil diese nach § 14 b nicht für Grundschulden gelten, die der Nehmer eines bankmäßigen Personalkredits auf einem ihm gehörigen Grundstück für den Kreditgeber bestellt hat. Dieser Fall liegt hier vor, weil der Kaufmann G. die damals an seinem eigenen Grundstück bestehende Grundschuld als Sicherheit für den ihm gewährten Kredit verpfändet hat.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 31. Jan. 1935, 1 Wx 7/35.) [Sch.]

*

21. §§ 103, 104, 727, 732, 829, 835 ZPO. Wirkung der Pfändung und Überweisung des Kostenerstattungsanspruchs auf das Kostenfestsetzungsverfahren. †)

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 16. Febr. 1935, 20 W 1011/35.)

Abgedr. JW. 1935, 1041 [6].

Anmerkung: Der in der Entsch. ausgesprochene Grundsatz bedarf m. E. der Nachprüfung.

Daß der Kostenerstattungsanspruch schon vor der Kostenfestsetzung gepfändet werden kann, steht außer Streit; die Frage, ob der Anspruch schon vor Erlaß des Kostenurteils als künftiger oder aufschiebend bedingter Anspruch oder als Anwartschaft gepfändet werden kann, interessiert hier nicht. In Frage steht, wie sich nach erfolgter Pfändung das Kostenfestsetzungsverfahren gestaltet, insbes. ob und wie es von dem Pfändungs- und Überweisungsgläubiger betrieben werden kann.

Das KG. sagt: „Zu dem Antrag auf Kostenfestsetzung ist ausschließlich die in dem Kostentitel bezeichnete Partei befugt; weder eine Abtretung noch eine Pfändung und Überweisung des Erstattungsanspruchs ist in dem Festsetzungsverfahren zu beachten, bevor nicht eine Umschreibung des Vollstreckungstitels selbst auf den Zessionar oder den Pfandgläubiger stattgefunden hat." Dieser Satz hält m. E. näherer Nachprüfung nicht stand. Unmittelbar aus dem Gesetz ist eine Antwort nicht zu entnehmen; man kann auch wohl als sicher unterstellen, daß weder die Verfasser des ursprünglichen Gesetzes noch die der späteren Novellen (bei der Übertragung des Kostenfestsetzungsverfahrens auf den UrkB. und bei seiner Betrauung mit der Erteilung der qualifizierten Vollstreckungsklauseln) diese Fälle in den Kreis ihrer gesetzgeberischen Erwägungen gezogen haben. Man wird daher die Frage, die eine rein praktisch-technische ohne jede grundsätzliche Bedeutung ist, weniger nach systematisch-logischen als eben nach praktisch-technischen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten entscheiden müssen.

Hat die obsiegende Partei, gleichviel ob vor oder nach der Pfändung, einen Kostenfestsetzungsbeschluß erwirkt, so kann der Vollstreckungsgläubiger jederzeit ohne Schwierigkeit die Umschreibung der Klausel zu dem Festsetzungsbeschluß beantragen. Wie aber, wenn ein Festsetzungsbeschluß noch nicht vorliegt? Der Vollstreckungsschuldner wird dem Gläubiger wohl schwerlich den Gefallen tun, die Kostenfestsetzung zu betreiben, um demnächst die Umschreibung auf den Gläubiger zu ermöglichen, und einen Zwang auf ihn auszuüben, ist der Gläubiger nicht in der Lage. Der Gläubiger müßte also selbst die Umschreibung des Kostentitels auf sich betreiben — insoweit ist dem KG. an sich durchaus zuzustimmen. Hier ergibt sich zunächst die Frage, ob das auch dann möglich ist, wenn eben nur der Kostenanspruch, nicht aber der Hauptanspruch gepfändet ist, oder wenn es sich um ein klageabweisendes, ein rein feststellendes oder rechtsgestaltendes Urteil handelt, also um Entsch., bei denen vollstreckbare Ausfertigungen zu eigentlichen Vollstreckungszwecken überhaupt nicht erteilt werden können. Die Frage ist sicher zu bejahen. Es ist allgemein anerkannt, daß neben der eigentlichen Zwangsvollstreckung die sog. Vollstreckungswirkungen im weiteren Sinne stehen (vgl. dazu Gaupp-Stein, Vorbem. vor § 704 III), wozu u. a. das Kostenfestsetzungsverfahren gehört, und daß insoweit die Vorschr. des 8. Buches der ZPO. — also auch die §§ 726 ff. — entsprechende Anwendung finden. Selbstverständlich muß, wenn nur der Kostenerstattungsanspruch gepfändet und überwiesen ist, die vollstreckbare Ausfertigung des Haupttitels nach § 726 mit einer entsprechenden Beschränkung dahin erteilt werden: „Vorstehende Ausfertigung wird dem X. ausschließlich zum Zwecke der Betreibung des Kostenfestsetzungsverfahrens erteilt."

Diese Ausfertigung erteilt nach § 730 i. Verb. m. Art. VI § 1 Nr. I EntlG. v. 11. März 1921 der Rechtspfleger nach Anhörung des Schuldners. Auf Grund dieser Ausfertigung müßte nunmehr der Vollstreckungsgläubiger den Antrag auf Kostenfestsetzung stel-

len, über den dann nach § 104 dieselbe Stelle, regelmäßig genau derselbe Beamte, zu befinden hätte.

Unwillkürlich drängt sich hier die Frage auf: Weshalb diese Spaltung? Weshalb soll es nicht — in dem Regelfalle, wo sowohl die Umschreibung der Klausel wie die Kostenfestsetzung durch den Rechtspfleger des erstinstanzlichen Gerichts vorzunehmen ist — möglich sein, die Prüfung der Rechtsnachfolge und die Festsetzung des Kostenbetrages in einem Akte vorzunehmen, d. h. einen Kostenfestsetzungsbeschluß des Inhalts zu erlassen: „In Sachen X. gegen Y. werden die von Y. zu erstattenden Kosten für Z., dem der Erstattungsanspruch laut Beschluß des ... vom ... zur Einziehung überwiesen ist, auf ... RM festgesetzt" oder auch „Die zu erstattenden Kosten werden auf ... RM festgesetzt. Vorstehende Ausfertigung wird dem Z. usw. zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt"? Ob diese oder jene Fassung, ist kaum mehr als eine Kanzleifrage. Es sind m. E. in der Tat weder systematische noch technische Gründe ersichtlich, die einem solchen Verfahren, das den Vorzug der Einfachheit hat, entgegenstehen sollten.

Die Einheitlichkeit des Ausspruchs ändert selbstverständlich nichts daran, daß es sich sachlich um zwei Aussprüche handelt, und dementsprechend den Beteiligten unter beiden Gesichtspunkten die gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfe zustehen. Kommt der UrkB. dem Antrage des Pfändungsgläubigers nicht nach, weil er ihn nicht für legitimiert erachtet, so hat der Gläubiger die Erinnerung nach § 576, während bei Absetzung eines Kostenbetrages diejenige nach § 104 der gegebene Weg ist — in beiden Fällen also der Rechtszug von dem UrkB. an den Richter. Entsprechend bei Anständen des Kostenschuldners: die Anrufung des Richters bei Einwendungen zur Legitimationsfrage ergibt sich aus § 732, bei Einwendungen gegen den Kostenansatz aus § 104. Daraus, daß die Erinnerungen nach § 576 bzw. 732 unbefristet, diejenige aus § 104 dagegen befristet ist, können sich weder praktische Weiterungen noch systematische Bedenken ergeben. —

Die Frage, ob, wenn der Pfändungs- und Überweisungsgläubiger den Kostenfestsetzungsbeschluß erwirkt, sein Schuldner, d. h. der aus dem Titel ersichtliche Kostengläubiger, dagegen Einwendungen erheben kann, und ebenso in dem umgekehrten Falle der Pfändungsgläubiger, wenn der ursprüngliche Kostengläubiger das Festsetzungsverfahren für sich betreibt, ist keine dem vorl. Falle eigentümliche Sonderfrage — die Frage kann in gleicher Weise in allen Fällen der Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf einen Rechtsnachfolger auftauchen. Diese Frage hier näher zu behandeln, würde im Rahmen einer Anmerkung zu weit führen. Es sei dazu nur auf meine Ausführungen bei Gaupp-Stein § 727 VI verwiesen. Dort bin ich in dieser von der ZPO. bei Gestaltung der Rechtsbehelfe offenbar nicht bedachten, übrigens in der Rspr. anscheinend nur selten akut gewordenen Frage zu dem Ergebnis gelangt, daß der (an sich dem Wortlaut des Gesetzes nach nur auf den Schuldner zugeschnittene) Behelf des § 732 — ebenso wie auch die rechtsgestaltende Klage auf Beseitigung der Klausel (§ 768) — auch dem konkurrierenden Prätendenten zu gewähren ist. Danach wäre im vorl. Falle, wenn z. B. der aus dem Titel berechtigte ursprüngliche Kostengläubiger einen Kostenfestsetzungsbeschluß erwirkt, der Pfändungs- und Überweisungsgläubiger nicht gezwungen, dies tatenlos mit anzusehen, sondern könnte dem mit der Erinnerung nach § 732 erfolgreich entgegentreten. —

Daß der vorstehend aufgezeichnete Weg den praktischen Bedürfnissen eher entspricht als der vom KG. eingeschlagene, dürfte auf der Hand liegen, und es bestehen keine durchschlagenden Gründe, die dazu zwängen, statt des einfachen den komplizierteren Weg zu gehen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

*

22. Der Sen. beantwortet die beiden Fragen:

1. Ist die Gebühr aus § 33 Abs. 1 Nr. 5 DGKG., wenn in einem Antrage die Ableistung des Offenbarungseides von mehreren Gesamtschuldnern gefordert wird, nur einmal zu erheben oder soviel mal in Ansatz zu bringen, als Gesamtschuldner vorhanden sind?

2. Ist die Gebühr aus § 33 Abs. 1 Nr. 5 DGKG. nach dem Betrage der Forderung, wegen der bei dem Schuldner vollstreckt worden ist, oder nach dem Teilbetrage, dessentwegen der Antrag auf Ableistung des Offenbarungseides gestellt ist, zu berechnen?

wie folgt:

Zu 1. Die Gebühr aus § 33 Abs. 1 Nr. 5 DGKG. betr. das Offenbarungseidsverfahren ist bei mehreren Schuldnern für jeden einzelnen Schuldner zu erheben, auch wenn ein einheitlicher Antrag vorliegt und es sich um Gesamtschuldner handelt.

Zu 2. Der für die Berechnung der Gebühr aus § 33 Abs. 1 Nr. 5 DGKG. betr. das Offenbarungseidsverfahren maßgebende Streitwert ist nach § 3 ZPO. frei zu schätzen.

Eine Begrenzung des Antrages auf Offenbarungseidsleistung durch den Gläubiger ist rechtlich bedeutungslos.

Es erscheint zweckmäßig, die gestellten Fragen in umgekehrter Reihenfolge zu behandeln.

I. Zu Frage 2.

Streitwert des Offenbarungseidsverfahren aus §§ 807, 900 ZPO.

Für die Beantwortung ist von den verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des Offenbarungseides, wie sie § 807 ZPO. enthält, auszugehen. Danach muß ein Titel vorhanden sein, aus dem erfolglos vollstreckt ist, oder aus dem eine Vollstreckung — wie glaubhaft zu machen ist — keinen Erfolg verspricht. Das Offenbarungseidsverfahren setzt also in der Regel ein vorhergegangenes anderweites Vollstreckungsverfahren des Gläubigers voraus. Obwohl es seinerseits ein selbständiges, in sich abgeschlossenes Verfahren darstellt, ist es begrifflich nichts anderes als eine Art Hilfsverfahren für die eigentliche Vollstreckung zur Ermittlung von Vermögenswerten des Schuldners, die der Gläubiger mit Beschlag belegen kann.

Nun ist anerkannt, daß der freien Entschließung des Gläubigers überlassen ist, in welchem Umfang er seine im Titel ihm zugesprochene Forderung verwirklichen will, daß er also wegen der ganzen Forderung oder eines beliebigen Teils derselben vollstrecken kann. Es versteht sich von selbst, daß gerade aus Kostenersparnisgründen bei hohen Forderungen weitgehend von dieser Einschränkung Gebrauch gemacht wird. Anwalts-, Gerichtsvollzieher- und Gerichtsgebühren erwachsen dann nur nach demjenigen Teilbetrag, dessentwegen der Gläubiger Vollstreckungsauftrag erteilt.

Zu prüfen ist, ob diese Beschränkung sich in gleicher Weise auf das Offenbarungseidsverfahren auswirkt und der Gläubiger somit in der Hand hat, den Streitwert des Offenbarungseidsverfahrens abweichend von der Forderung im Titel zu bestimmen. Wie schon erwähnt, ist das Offenbarungseidsverfahren ein in sich abgeschlossenes, selbständiges, der Vollstreckung zuzurechnendes Verfahren, demzufolge auch in § 33 Ziff. 5 GKG. eine selbständige Verfahrensgebühr, umfassend das Verfahren vom Antrag bis gegebenenfalls zur Erlassung des Haftbefehls, vorgesehen ist. Gleichwohl liegt seine Besonderheit darin, daß es nur ein Hilfsverfahren zur Durchführung der eigentlichen Vollstreckung, nämlich zur Ermittlung von der Beschlagnahme von Vermögensstücken des Schuldners unterliegenden Vermögensstücken darstellt und daß es in der Regel nur eine Ergänzung eines vorangegangenen Vollstreckungsverfahrens im eigentlichen Sinne bildet. Diese Erwägung und Betonung des Unterschiedes zu dem eigentlichen Vollstreckungsverfahren ist insofern wichtig, als sie zeigt, daß dieselben Grundsätze, die für das eigentliche Befriedigungsverfahren gelten, nämlich die beliebige Abgrenzung des Umfanges des Verfahrens durch Beschränkung auf einen Teil der im Titel genannten Forderung, für das Offenbarungseidsverfahren nicht anwendbar sind. OLG. Königsberg v. 17. April 1931 (JW. 1931, 1114) betont mit Recht, daß die Eigenart dieses Verfahrens darin liege, daß eine Beschränkung der Eidesleistung und damit der Eideswirkung auf einen entsprechenden Teil des Vermögens des Schuldners ausgeschlossen und infolgedessen auch eine Einschränkung des Antrages auf Eidesleistung auf einen beliebigen Teil der Forderung des Gläubigers begrifflich unmöglich sei. Auch Rittmann-Wenz, Anm. 21 zu § 33 GKG. führen aus, daß das Offenbarungseidsverfahren selbst nicht auf die Offenlegung von pfändbaren Gegenständen, deren Wert eine bestimmte Höhe erreicht, beschränkt werden könne. In gleichem Sinne auch Baumbach, ReichskostenG., 1933, Anm. 6 zu § 33 GKG.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung halten Stein-Jonas, 1934 III 1 zu § 901 ZPO.; Jonas, Anm. 17 zu § 33 GKG.; ebenso OLG. Rostock v. 13. Mai 1930: JW. 1931, 1832 eine Beschränkung des Offenbarungseidsverfahrens gemäß dem Antrag des Gläubigers rechtlich für zulässig und wollen demgemäß den Streitwert in diesem Falle nur nach demjenigen Teilbetrag der Forderung berechnen, dessentwegen der Gläubiger ausdrücklich das Offenbarungseidsverfahren beantragt hat. Jonas meint, daß kein Grund ersichtlich sei, weshalb die allgemein geltende Zulässigkeit von Teilanträgen für das Offenbarungseidsverfahren ausgeschlossen sein solle.

Im Gegensatz dazu ziehen OLG. Königsberg a. a. O. und Baumbach, Anm. 6 zu § 33 aus ihren Darlegungen die Folgerung, daß der Streitwert des Offenbarungseidsverfahrens stets gleich der vollen Summe des noch bestehenden Vollstreckungsanspruchs sei.

Keine dieser Ansichten kann als zutreffend anerkannt werden. Geht man nämlich von dem vorangegangenen fruchtlosen Vollstreckungsverfahren als der — regelmäßigen — Voraussetzung des Antrages auf Leistung des Offenbarungseides, also von dem Regelfall, aus, dann ergibt sich daraus bereits in natürlicher und zwangloser Weise eine Beschränkung des Umfanges des Offen-

barungseidsverfahrens, die naturgemäß für die Streitwertbemessung von Bedeutung ist: über die Höhe desjenigen Forderungsbetrages hinaus, dessentwegen die Vollstreckung versucht worden ist, kann der Streitwert nicht bemessen werden. Der Gläubiger hat durch die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf die Teilforderung zu erkennen gegeben, daß sein Interesse für dieses Vollstreckungsverfahren und damit für das anschließende Hilfsverfahren der Offenbarungseidsleistung sich auf diesen Teil der Forderung beschränkt.

In denjenigen Fällen, in denen der Gläubiger ohne vorangegangene Vollstreckung — sei es überhaupt, sei es aus demjenigen Titel, auf Grund dessen er nunmehr den Offenbarungseidsantrag stellt — das Verfahren betreibt, besteht die natürliche Beschränkung durch vorangegangene Geltendmachung nur eines Teilbetrages der Forderung nicht. Hier entsteht also die Frage, ob der Gläubiger ebenso wie bei sonstigen Vollstreckungsaufträgen die Höhe seiner Forderung, derentwegen er das Offenbarungseidsverfahren betreibt, beliebig beziffern und den Umfang des Offenbarungseidsverfahrens nach Belieben beschränken kann oder ob etwa ohne weiteres (so die Ansicht von OLG. Königsberg) der volle Betrag der im Schuldtitel genannten Summe den Streitwert des Offenbarungseidsverfahrens zu bilden hat.

Beide Ansichten sind unzutreffend. Das Interesse des Gläubigers an der Offenbarungseidsleistung wird zwar nach oben in jedem Falle durch den Betrag der ganzen Forderung, über den der Schuldtitel lautet, begrenzt. Es ist deshalb aber keineswegs mit diesem oder mit demjenigen Betrag, dessentwegen die Vollstreckung vergeblich versucht worden ist, ohne weiteres identisch. Aus der Natur des Offenbarungseidsverfahrens als einerseits selbständigen, andererseits nur als Hilfsverfahren vom Gesetz konstruierten Verfahrens folgt zwangsläufig, daß von vornherein ein besonderes, unsicheres, einer festen Berechnung und Abgrenzung nicht zugängliches Element darin enthalten ist, das eine feste Streitwertbezifferung, die sich automatisch nach dem Betrag der Forderung richtet, nicht zuläßt. Aus diesem Grunde hat auch der Gläubiger nicht in der Hand, das Offenbarungseidsverfahren selbst durch eine nur auf einen bestimmten Teil der ihm zustehenden Forderung sich beschränkenden Antrag abzugrenzen. Für derartige Verfahren kennt vielmehr die ZPO. nur die freie Schätzung des Interesses des Antragstellers durch das Gericht und somit die Streitwertfestsetzung nach freiem Ermessen des Gerichts auf Grund des § 3 ZPO. (so auch KG., 11. ZivSen. v. 7. Mai 1929, 11 W 8726/29: JW. 1930, 194).

Die Schätzung hat naturgemäß auszugehen von dem Betrag der Forderung, für welchen der Gläubiger durch das Offenbarungseidsverfahren Befriedigungsmöglichkeiten zu ermitteln hofft und nach Lage der Sache erhoffen darf. Sie wird also die Chancen eines solchen Vorgehens für den Gläubiger besonders berücksichtigen müssen, soweit für solche sich irgendwelche tatsächlichen Anhaltspunkte bieten. Hier muß, wie KG.: JW. 1930, 194 mit Recht betont, die praktische Erfahrung im Vordergrund stehen. Mit Recht sagt KG., daß im Regelfalle das Interesse des Gläubigers recht gering ist, weil erfahrungsgemäß im allgemeinen der Offenbarungseid für große Summen kaum je Erfolg verspricht.

Daraus ergibt sich also von selbst, daß die Angaben des Gläubigers über bestimmte Vermögensstücke, die er durch die Leistung des Offenbarungseides zu ermitteln hofft, und derentwegen er mitunter ausschließlich zur Einleitung dieses Verfahrens bewogen wird, vom Gericht bei seiner Schätzung wesentlich mit zu berücksichtigen sind, sofern sie glaubhaft (gegebenenfalls sogar glaubhaft gemacht) und nicht etwa nur als Vorwand erscheinen, um für das Offenbarungseidsleistungsverfahren einen möglichst geringen Streitwert zu erreichen. So wird man dem in Anmerkung zu OLG. Königsberg: JW. 1931, 114 erörterten Fall, daß der Gläubiger, der eine Forderung von 50 000 *RM* hat, aber erfährt, daß der Schuldner eine ausstehende Forderung von 200 *RM* hat und dieserhalb nun von dem Schuldner die Eidesleistung erzwingen will, gerecht. Es liegt auf der Hand, daß in solchem Falle nicht die 240 *RM* betragende Gebühr nach der vollen Forderung von 50 000 *RM* dem richtigen Streitwert entspricht, sondern dieser nur frei unter Berücksichtigung der Angaben des Gläubigers (sofern diese glaubhaft sind) geschätzt werden kann. Ob allerdings in solchem Fall das Gericht nur das erhoffte Vermögensstück als Interesse des Gläubigers ansehen oder in Anbetracht des immerhin zugunsten des Gläubigers noch weiterwirkenden sodann tatsächlich geleisteten Offenbarungseides i. S. einer höheren Bemessung des Streitwertes mit berücksichtigen will, ist ausschließlich Sache seines die Lage des einzelnen Falles berücksichtigenden freien Ermessens. Eine untere Grenze gibt es dabei nicht. Die obere Grenze ist in jedem Falle die ganze Forderung. Im Falle vorhergegangenen Vollstreckungsversuchs ist die obere Grenze der Teil, dessentwegen die Vollstreckung versucht worden ist. Hier ließe sich einwenden, daß auch trotz Beschränkung vorhergegangener Vollstreckung die spätere Eidesleistung gleichwohl über den geltend gemachten Teilbetrag der Forderung hinaus zugunsten des Gläubigers bis zur Höhe der vollen Forderung sich auswirken könne, dieser Teilbetrag mithin nicht die obere Grenze bilden dürfe. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Tatsache einer zuvorigen quantitativen Abgrenzung des Vorgehens des Gläubigers im Vollstreckungsverfahren, das eine solche Beschränkung zuläßt, besteht und für das folgende Hilfsverfahren keinesfalls unbeachtet bleiben darf. Deshalb erschien es unbedenklich richtig, auf diesem Wege dem Gläubiger die Beschränkung des Streitwertes auch für das Offenbarungseidsverfahren zu ermöglichen.

Ob das Gericht bei wirklich erfolgreicher Offenbarungseidsleistung seine vorherige geringere Streitwertfestsetzung ändern und nunmehr einen anderen Maßstab anlegen will, wird gleichfalls Frage des einzelnen Falles sein. Grundsätzliche rechtliche Bedenken sind dagegen nicht zu erheben, weil eben das Gericht im Interesse einer der objektiven Sachlage möglichst gerecht werdenden Streitwertfestsetzung jederzeit in der Lage ist, von Amts wegen seine bisherige Streitwertfestsetzung zu ändern (§ 18 GKG.), d. h. insbes. gerade dann, wenn es ersieht, daß die bisherige Schätzung — häufig gerade mangels ausreichender tatsächlicher Anhaltspunkte — dem wahren Interesse des Gläubigers nicht entspricht.

II. Zu Frage 1.

Gebühr aus §§ 33 Abs. 1 Nr. 5, 35 GKG.

Das KG. hält an der in seiner Entsch. 20 W 11261/28 vom 20. Dez. 1928 zum Ausdruck gebrachten Ansicht fest, daß bei einem einheitlich gegen mehrere Schuldner betriebenen Offenbarungseidsverfahren nicht nur eine Gebühr entsteht, sondern in Wahrheit soviel einzelne Verfahren vorliegen, als Schuldner in Frage kommen, demgemäß also auch ebensoviel Gebühren aus § 33 Abs. 1 Nr. 5 GKG. erwachsen. Wenn auch diese Entsch. für die Frage der Rechtsanwaltsgebühren ergangen ist, so trifft sie doch in gleicher Weise für das GKG. zu.

Dabei verkennt der Sen. durchaus nicht, daß die allgemeine Gestaltung zunächst für die gegenteilige Auffassung zu sprechen scheint. Denn alle Verfahrensgebühren des GKG. sind einheitliche Gebühren und entstehen nur einmal, ohne Rücksicht darauf, ob das Verfahren gegen mehrere Personen einheitlich betrieben wird. Insofern ist der Hinweis zu LG. Hamburg v. 15. März 1932 (das ebenfalls diesen Standpunkt vertritt) in Anm. zu JW. 1932, 1784 [2] und die Ansicht des LG. Berlin v. 23. Juni 1932, 227 T 4609 (728)/32: GrundE. 1932, 1087 zutreffend.

Die daraus für das Offenbarungseidsverfahren gezogenen Schlußfolgerungen vermag aber der Sen. nicht als zwingend und berechtigt anzuerkennen. Die frühere Entsch. des Sen. ging von der Erwägung aus, daß die Entwicklung des gegen mehrere Streitgenossen betriebenen Offenbarungseidsverfahren trotz einheitlichen Antrags eine völlig verschiedene sein könne und daß sich die Gebundenheit etwaiger Streitgenossen im Offenbarungseidsverfahren grundsätzlich lockere. Es ist zuzugeben, daß diese Begr. nicht ganz stichhaltig, zum mindesten nicht erschöpfend erscheint, da auch im Prozeßverfahren die Gestaltung des Verfahrens bei den verschiedenen Streitgenossen eine völlig verschiedene sein kann. Das entscheidende Moment ist denn auch nicht die Möglichkeit der späteren Gestaltung des Verfahrens gegen den einzelnen Beteiligten, sondern der von Anfang an begrifflich jedem Offenbarungseidsverfahren gegen einen Schuldner anhaftende individuelle Charakter, der aus der Besonderheit und dem Ziel des Offenbarungseidsverfahrens sich ergibt: Jeder Schuldner soll unabhängig von irgendwelchem anderen Schuldner seine persönlichen Vermögensverhältnisse klarlegen. Hier ist es nicht so, daß durch das Verhalten des einen der Anspruch gegen den anderen irgendwie berührt würde, daß die Erfüllung des Offenbarungseidsanspruchs durch den einen sich irgendwie zugunsten des anderen auswirkte. Die Eigentümlichkeit dieses Verfahrens — das nach den obigen Darlegungen nur ein Hilfsverfahren zur Durchführung des materiellen Vollstreckungsanspruchs ist — ist darin begründet, daß es sich von Anfang an ausschließlich nur mit der Person und den Vermögensverhältnissen eines Schuldners befassen kann und daß deshalb die Zusammenfassung mehrerer solcher Verfahren gegen verschiedene Schuldner zu einem einheitlichen Verfahren hier begrifflich ausgeschlossen ist. Geschieht dies trotzdem, so bleibt das Verfahren stets eine bloße Summierung und äußerliche Aneinanderreihung mehrerer einzelner, dadurch ihre Selbständigkeit nicht verlierender Verfahren.

Die Einheitlichkeit kann auch nicht dadurch hergestellt werden, daß bei einem gegen mehrere Gesamtschuldner betriebenen Verfahren das Ziel die einmalige Befriedigung des Gläubigers wegen seiner gesamten Forderung ist (wie LG. Berlin meint). Gerade der Umstand, daß das Offenbarungseidsverfahren kostenrechtlich trotz seines akzessorischen Charakters vom Gesetz als selbständiges Verfahren anerkannt wird, beweist, daß für dieses Verfahren das einheitliche Ziel und die einheitliche Befriedigung des Gläubigers keine Rolle spielt, daß dieser Gesichtspunkt weder rechtfertigt noch ermöglicht, ein Verfahren gegen mehrere Offenbarungseidsschuldner auch begrifflich als einheitliches und demnach nur eine Gebühr aus § 33 Ziff. 5 GKG. auslösendes Verfahren anzusehen.

(KG., 20. ZivSen., Gutachten v. 19. Jan. 1935, XVII 61/936.)

Oberlandesgerichte: Strafsachen

Berlin

23. § 245 Abs. 2 StPO. Für den Fall, daß kein Prozeßbeteiligter die Vernehmung verlangt hat, bedarf es eines Gerichtsbeschlusses nicht, wenn das AG. einen vorgeladenen und erschienenen Zeugen nicht vernimmt. †)

Allerdings ist in der Hauptverhandlung vor dem AG. der vorgeladene und erschienene Zeuge W. nicht vernommen worden, ohne daß aus der Sitzungsniederschrift das Einverständnis der Prozeßbeteiligten mit seiner Nichtvernehmung oder ein die Abstandnahme von der Vernehmung aussprechender Beschluß des Gerichts hervorgeht, und die nachträgliche Protokollergänzung („Von der Vernehmung des Zeugen W. wird Abstand genommen, da der Tatbestand genügend geklärt ist.") kommt schon aus dem Grunde nicht in Betracht, weil sie erst nach dem Eingange der auf die Unterlassung der Vernehmung eine Verfahrensbeschwerde stützenden Revisionsrechtfertigung vorgenommen worden ist. Ein die Aufhebung des Urteils begründender Verfahrensfehler liegt jedoch nicht vor. Nach § 245 Abs. 2 StPO. gilt dessen Abs. 1, wonach grundsätzlich die Beweisaufnahme auf sämtliche herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken ist und von der Erhebung einzelner Beweise nur bei Einverständnis der Beteiligten abgesehen werden kann, nicht für Verhandlungen, die, wie hier, eine Übertretung betreffen, vielmehr hat in solchen Fällen das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme nach freiem Ermessen zu bestimmen. Das AG. brauchte daher den Zeugen W. nicht zu vernehmen. Da keiner der Beteiligten dessen Vernehmung verlangt hatte, war es auch zur Verkündung eines die Abstandnahme von der Vernehmung aussprechenden Beschlusses nicht verpflichtet.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 5. März 1935, 1 Ss 36/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

Anmerkung: Ich kann der Auffassung des KG. nicht beitreten.

1. Man muß davon ausgehen, daß § 245 Abs. 2 für alle Verhandlungen vor dem Amtsrichter, dem SchöffG. und dem LG. in der BerInst. eine wesentliche Einschränkung, ja die fast gänzliche Beseitigung der beiden Grundrechte bedeutet, die dem Angekl. für die Prozeßgestaltung zustehen, nämlich des im § 244 Abs. 2 behandelten, durch die Praxis des RG. weit ausgebauten Beweisantragsrechts und des im § 245 Abs. 1 bestimmten Beweiserhebungsanspruchs hinsichtlich aller vorgeladenen und erschienenen Zeugen und Sachverständigen und sonst herbeigeschafften Beweismittel. Insbesondere ist durch die Neufassung der Ausnahmebestimmung des § 245 Abs. 2 auf Grund der NotVO. v. 14. Juni 1932, wonach das Gericht bei den genannten Verfahren den Umfang der Beweisaufnahme „nach freiem Ermessen" bestimmt, nach allgemeiner Auffassung klar herausgestellt, daß es nicht nur von der Vorschr. zur Vernehmung aller erschienenen und geladenen Zeugen und Sachverständigen (§ 245 Abs. 1) befreit sein soll, sondern daß es auch bei der Ablehnung von Beweisanträgen, mögen diese sich auf präsente oder noch herbeizuschaffende Beweismittel beziehen, nicht an die strengen Grundsätze des reichsgerichtlichen Beweisrechts gebunden ist. In den genannten Verfahren kann der Beweisantrag regelmäßig mit einer das freie Ermessen des Gerichts offenbarenden Begr., z. B. mit der Begr., die Sache sei genügend aufgeklärt, weitere Vernehmungen seien nicht erforderlich usw., abgetan werden, während solche Begr. der Ablehnung im Verfahren vor der StrK. und dem SchwG. einen erfolgreichen Revisionsangriff schaffen würde. Würden die Gründe der Ablehnung des Beweisantrages allerdings sich nicht auf die Feststellung des freien richterlichen Ermessens beschränken, sondern statt dessen oder darüber hinaus Erörterungen enthalten, die eine Verkennung der Rechtslage oder eine reine willkürliche Behandlung des Antrages enthielten, würden sie in Verbindung mit den Urteilsgründen erkennen lassen, daß das Gericht die ihm gem. § 155 Abs. 2 obliegende Wahrheitserforschungspflicht nicht erfüllt habe, oder würde z. B. eine in den Ablehnungsgründen enthaltene Wahrunterstellung durch das Urteil wieder umgeworfen, so wäre selbstverständlich ein Verfahrensverstoß gegeben, der zur Aufhebung des Urteils führen müßte (s. die beachtliche Entsch.: RGSt. 67, 97 = JW. 1933, 954).

2. Nun kommt im vorl. Falle nicht die Ablehnung eines Beweisantrages, sondern die Versagung des grundsätzlich dem Angekl. zustehenden Rechts auf Erhebung der sistierten Beweise in Frage. Der geladene und erschienene Zeuge W. hätte nach den Grundsätzen des § 245 Abs. 2 vernommen werden müssen, ohne daß es eines substantiierten Antrages oder eines Antrages zur Vernehmung überhaupt bedurft hätte. Freilich hätte der Angekl. auch die Vernehmung des Zeugen beantragen können, und zwar von vornherein sowie nach etwa erfolgter Ablehnung gemäß der Ausnahmebestimmung des Abs. 2; in beiden Fällen hätte es einer mit Gründen versehenen, zumindest das freie Ermessen des Gerichts kenntlich machenden Ablehnung des Antrages im Sinne der Ausführungen unter 1. bedurft. Ein solcher Vernehmungsantrag ist aber nicht gestellt worden, vielmehr hat das Gericht die Vernehmung des Zeugen einfach unterlassen, ohne sich darüber und den Grund zu äußern. Das ist zunächst ungewöhnlich. Der Regel entspricht es, darüber einen Beschluß zu fassen und zu protokollieren oder wenigstens die Schließung der Beweisaufnahme bekanntzugeben. Das Instanzgericht hat denn auch gewissermaßen die dahingehende Unterlassungssünde eingeräumt, die es durch eine — verspätete — Protokollberichtigung gutzumachen versucht hat. Daß die Unterlassung eines Beschlusses über die Nichtvernehmung des anwesenden Zeugen zudem einen Verfahrensverstoß darstellt, ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

a) Von der Vernehmung der sistierten Zeugen darf nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn das Gericht sie für überflüssig hält. Hierüber muß es sich schlüssig machen. Für derartige, ein grundsätzliches Recht des Angekl. versagende Entschließungen ist regelmäßig die Absetzung eines Beschlusses nach Anhörung der Prozeßbeteiligten vorgesehen (§§ 33 ff. StPO.).

b) Es ist nicht einzusehen, weshalb die Versagung des Anspruchs auf Vernehmung des sistierten Zeugen anders behandelt und beschieden werden soll, als die Ablehnung eines Beweisantrages. In der vorschriftsmäßigen Bereitstellung von Zeugen liegt ohne weiteres das Begehren zu ihrer Vernehmung, dem grundsätzlich stattzugeben ist, ohne daß es eines Antrages oder einer besonderen Erklärung bedarf. Will das Gericht dieses Begehren ablehnen, so muß dies in derselben Weise geschehen, in der der Beweisantrag abgelehnt wird. Denn beide Ansprüche verfolgen dasselbe Ziel, und ihre Ablehnung ist an die gleiche Voraussetzung geknüpft: freies richterliches Ermessen.

c) Schließlich können aus der Abstandnahme von der Beschlußfassung Nachteile für den Angekl. erwachsen. Während die Bekanntgabe der Ablehnung ihm u. U. Anlaß zu weiteren Ausführungen und Anträgen geben würde, wird er ohne diese in der Regel dazu weder die Gelegenheit noch den Mut finden.

d) Schließlich entfällt mit der Nichtbekanntmachung der Ablehnung jede Möglichkeit der Kontrolle ihrer Gesetzmäßigkeit oder Gesetzwidrigkeit. Ist der geladene Zeuge aus Versehen nicht vernommen worden, so ist der Gesetzesverstoß außer Frage. Dasselbe trifft zu, wenn die Nichtvernehmung auf rechtsirrtümlichen Erwägungen beruht. Wie soll festzustellen sein, ob sie auf dem freien Ermessen des Gerichts beruht oder nicht?

Hiernach erscheint ein Gerichtsbeschluß in allen Fällen, in denen das Gericht gem. § 245 Abs. 2 den Umfang der Beweisaufnahme nach freiem Ermessen als Ausnahme gegenüber dem grundsätzlichen Beweisanspruch des Angekl. bestimmt, erforderlich, sei es, daß ein Beweisantrag abgelehnt wird, sei es, daß von der Beweiserhebung entgegen § 245 Abs. 1 Abstand genommen wird.

3. Die Entsch. des KG. bewegt sich in der Richtung des heutigen Rechtsdenkens, das in der Strafrechtspflege das gerichtliche Ermessen tunlichst frei gestalten und von Zwang und Fesseln befreien will, sowohl auf sachlich-rechtlichem wie verfahrensrechtlichem Gebiete. Der Einfluß der Beteiligten, namentlich des Beschuldigten, auf die Erstreckung der Beweise wird mehr und mehr eingeschränkt. Vor der NotVO. v. 14. Juni 1932 mußte er in den sog. Bagatellesachen, nach dieser in allen Verfahren vor dem AG., dem SchöffG. und LG. in der BerInst. dem Ermessen des Gerichts weichen. Nach § 13 VO. über die Bildung von Sondergerichten kann das Sondergericht eine Beweiserhebung ablehnen, wenn es die Überzeugung gewonnen hat, daß diese für die Aufklärung der Sache nicht erforderlich ist. Heute herrscht die Meinung vor, daß das Beweisrecht der StPO. einer grundsätzlichen Umgestaltung bedarf. Das mag seinen Grund darin haben, daß das vom RG. geschaffene Beweisantragsrecht vom einfachen Volksgenossen kaum verstanden und selbst von den Juristen durchweg nur unvollkommen beherrscht wird, so daß Verstöße dagegen mit der Folge der Urteilsaufhebung an der Tagesordnung sind. Auch soll nicht verkannt werden, daß diese komplizierten Rechtsregeln hin und wieder zur Prozeßverschleppung mißbraucht worden sind. Andererseits ist das vom RG. außerordentlich gründlich herausgearbeitete Beweisantragsrecht im Rahmen des geltenden Strafprozeßrechts ein unentbehrlicher Garant der Rechtssicherheit. Jeder Strafrechtspraktiker weiß, wie zahlreiche Fehlurteile ergangen sind und noch ergehen, deren Beseitigung nur diesem streng formalen Beweisrecht zu danken ist. Der nationalsozialistische Staat, der das Strafrecht und Verfahrensrecht im Sinne der wirk-

samsten Verbrechensbekämpfung umgestalten, gleichzeitig aber vor allem die Rechtssicherheit und den Schutz des schuldlos Beschuldigten gewährleisten will, wird in der Ausarbeitung des Beweisrechts sowie seines richtigen Verhältnisses zu dem richterlichen Ermessen und den berechtigten Ansprüchen der Prozeßbeteiligten und des Angekl. ein wichtiges und schwieriges Problem zu meistern haben, wozu alle berufenen Kenner und Praktiker des Strafprozeßrechts das ihrige beitragen müßten. Der Freislersche Gedanke, daß das RevG. grundsätzlich die Frage der materiellen Gerechtigkeit nachzuprüfen habe und nicht auf die Prüfung formaler Rechtsfragen beschränkt bleiben dürfe, ist ein wertvoller Wegweiser für die Lösung dieses strafprozessualen Grundproblems (s. die Abh. „Der Volksgerichtshof — Das Reichsstrafgericht?" von Staats-Sekr. Dr. Roland Freisler: Ztschr. d. Akademie für Deutsches Recht, 1935, Heft Nr. 3).

RA. Theodor Klefisch, Köln.

*

Karlsruhe

24. § 2 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934. Ist in einer Entsch. auf mehrere Geldstrafen erkannt, so sind diese für die Zwecke des StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 nicht einzeln, sondern in ihrer Summe der Betrachtung zugrunde zu legen. †)

Angekl. war wegen mehrerer Vergehen gegen die RAbgO. zu Geldstrafen von 300 + 500 + 1500 RM (bzw. Gefängnis) verurteilt. Er hat gegen das — im übrigen rechtskräftige — Urteil, soweit Verurteilung zu 300 und 500 RM erfolgt ist, Rev. eingelegt und Einstellung des Verfahrens auf Grund des StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 beantragt.

Es war zu entscheiden, ob die Straftat, deretwegen auf 300 RM erkannt ist, unter das Ges. v. 7. Aug. 1934 fällt. Hierfür kommt es darauf an, ob diese Tat für sich allein oder zusammen mit den beiden andern Straftaten zu betrachten ist. Im ersten Falle fällt sie unter das Gesetz, weil die Geldstrafe von 300 RM die 1000 RM-Grenze nicht erreicht; im andern fällt sie nicht darunter, weil die drei Geldstrafen zusammen die Grenze überschreiten. Daraus, daß § 2 Abs. 1 a. a. O. die Höhe einer Gesamtstrafe für die Anwendbarkeit des Gesetzes entscheiden läßt, ist zu schließen, daß auch die in einem Verfahren ausgesprochenen mehreren Geldstrafen in ihrer Gesamtheit zu betrachten sind. Der Begr. „Gesamtstrafe" kann sich allerdings nur auf Freiheitsstrafe beziehen; bei Geldstrafen gibt es keine Gesamtstrafe (§§ 74, 78 StGB.). Es liegt kein Grund vor anzunehmen, daß der Gesetzgeber es hier anders gewollt habe. Aber es ist nicht einzusehen, warum für Gesamtstrafen, die aus mehreren Freiheitsstrafen gebildet sind, etwas anderes gelten soll als für mehrere Geldstrafen, dergestalt, daß bei jenen die Gesamtstrafe, bei diesen jede einzelne maßgebend ist. Diese Unterscheidung würde zu einer unbilligen Bevorzugung der zu mehreren Geldstrafen Verurteilten führen. Denn diese mehreren Geldstrafen würden gegebenenfalls, selbst wenn sie im ganzen die Grenze auch noch so weit überschritten, die Anwendung des Gesetzes ermöglichen, die mehreren Freiheitsstrafen, auf eine Gesamtstrafe zurückgeführt, die die Grenze von sechs Monaten überschritte, aber nicht. Der hier vertretenen Ansicht steht auch die Fassung des Gesetzes nicht entgegen: „wenn keine höhere Strafe oder Gesamtstrafe als Geldstrafe bis zu 1000 RM oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten ... zu erwarten ist" (§ 2 Abs. 1 a. a. O.). Für mehrere zusammengefaßte Geldstrafen gibt es keine bes. Bezeichnung. Jede einzelne von ihnen ist „die Strafe", und alle zusammen sind auch „die Strafe". Danach fallen mehrere zusammengezählte Geldstrafen unter den Begriff des Gesetzes „Strafe".

Der Senat spricht sich daher — entgegen OLG. Darmstadt v. 18. Sept. 1934 (JW. 1934, 2575) — für die Zusammenziehung der wegen mehrerer Taten erk. Geldstrafen aus. Danach fällt die Straftat, für die auf 300 RM Geldstrafe erkannt ist, nicht unter das StraffreihG.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Beschl. v. 3. Dez. 1934, SOL 314/34.)

Ber. von AGR. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

Anmerkung: Nach § 2 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 dürfen anhängige, vor dem 2. Aug. 1934 begangene Straftaten u. a. dann nicht weiter verfolgt werden, wenn „keine höhere Strafe oder Gesamtstrafe als Geldstrafe bis zu 1000 RM oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten, allein oder nebeneinander, zu erwarten ist". Das OLG. Karlsruhe wendet die Vorschrift dahin an, daß die in einem Verfahren ausgesprochenen mehreren Geldstrafen zusammengefaßt werden müßten und die sich ergebende Summe der Beurteilung zugrunde zu legen sei. Dem kann nicht gefolgt werden.

Bereits der Ausgangspunkt der Entsch. des OLG. Karlsruhe erscheint abwegig. Es läßt sich nicht folgern: weil § 2 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 die Höhe einer Gesamtstrafe für die Anwendbarkeit des Gesetzes entscheiden lasse, so müßten auch die in einem Verfahren ausgesprochenen mehreren Geldstrafen in ihrer Gesamtheit betrachtet werden. Der Gebrauch des Ausdrucks Gesamtstrafe in § 2 Abs. 1 a. a. O. zwingt vielmehr gerade zur gegenteiligen Deutung. Dieser Ausdruck, der in § 74 StGB. gesetzlich festgelegt ist, weist eindeutig darauf hin, daß die Zusammenziehung der Strafen auf Freiheitsstrafen, für die allein das Kumulationsprinzip gilt, sich beschränken soll, und daß bei Geldstrafen, auf die nach § 78 StGB. gesondert erkannt werden muß, die Voraussetzungen der Straffreiheit für jede auch gesondert zu betrachten sind (vgl. KG.: JW. 1935, 67[29]). Hiernach bietet schon die Förmelung des § 2 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934, die den allgemein festgelegten strafrechtlichen Begriff der Gesamtstrafe verwendet, für die vom OLG. Karlsruhe erstrebte Auslegung keinen Raum.

Den Kern der Begründung des OLG. Karlsruhe bilden jedoch Billigkeitserwägungen. Diese aber bestimmend für die richterliche Entsch. ohne Anhalt in dem zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers werden zu lassen, begegnet schweren Bedenken. Hinzu kommt, daß der Entsch. im vorl. Falle ein Amnestiegesetz zugrunde liegt. Dieses kann niemals schematische Abgrenzungen entbehren und daher auch nicht für jeden Einzelfall eine unbedingt angemessene Entsch. gewährleisten. Daß Härten nicht zu vermeiden sein würden, hat der Gesetzgeber nicht verkannt (vgl. Schäfer: Deutsche Justiz 1934, 1049, 1077). Diese zu beseitigen, ist aber eine ausschließliche Aufgabe der Gnadenbehörde, an die der an das Gesetz gebundene Richter die Akten in diesen Fällen zur Entschließung weiterzuleiten hat, und der es überlassen bleiben muß, ob sie einen Einzelgnadenerweis für geboten hält oder nicht.

Auch der abschließenden Ausführung des OLG. Karlsruhe, daß die Fassung des StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 seiner Ansicht nicht entgegenstehe, kann nicht beigepflichtet werden. Gerade die Gegenüberstellung von Strafe und Gesamtstrafe in § 2 Abs. 1 a. a. O. läßt erkennen, daß im ersten Falle die für die einzelne Straftat ausgeworfene Strafe, im zweiten Falle die Gesamtstrafe, also die Strafe, bei der die Voraussetzungen einer Zusammenziehung nach § 74 StGB. gegeben sind, gemeint ist. Daß ausnahmsweise auf die Summe der verwirkten Geldstrafen abgestellt werden muß, ist allerdings denkbar. Dieser Fall liegt vor, wenn zwei Geldstrafen nebeneinander für ein und dieselbe Tat festzusetzen sind (vgl. Schäfer: JW. 1934, 2299 A 2c). Er stellt aber die — im übrigen äußerst seltene — Ausnahme von der Regel dar.

Abgesehen davon, daß der eindeutig zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers der Entsch. des OLG. Karlsruhe entgegensteht und damit zugleich die angestellten Billigkeitserwägungen von vornherein abgeschnitten sind, kann in dem Verbot der Zusammenziehung von Geldstrafen für mehrere selbständige Straftaten bei Prüfung der Amnestiewürdigkeit keine unbillige Bevorzugung gesehen werden. Sobald der Strafzweck durch eine Geldstrafe in der begrenzten Höhe des StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 erreichbar ist, liegt im Regelfalle eine Straftat geringeren Grades vor, die auch dann für amnestiewürdig zu erachten ist, wenn eine Häufung solcher Straftaten sich ergeben sollte.

StA. Dr. Krille, Dresden.

Landgerichte: Zivilsachen

Berlin

25. Art. 17 Abs. 1 EGBGB. Die Ehe polnischer Staatsangehöriger kann in Deutschland nicht mehr geschieden werden, weil nach Kündigung des Haager Ehescheidungsabkommens durch Deutschland ein vom polnischen Recht verlangter, die Gegenseitigkeit verbürgender Staatsvertrag nicht mehr vorhanden ist.

Die Parteien sind polnische Staatsangehörige. Wie die übrigen deutschen Gerichte, hat auch das erkennende LG. seit dem letzten Viertel des Jahres 1926 bis in die Gegenwart die Ehen polnischer Staatsangehöriger, die im Deutschen Reich ihren Wohnsitz hatten, geschieden. Es leitete seine Zuständigkeit aus Art. 17 Abs. 3 poln. Ges. betr. das für internationale Privatrechtsverhältnisse geltende Recht v. 2. Aug. 1926 her, das bestimmte: „Haben polnische Ehegatten ihren Wohnsitz im Auslande, so sind auch die Gerichte dieses Staates zuständig. Ihre Urteile werden in Polen aber dann nicht anerkannt und vollstreckt, wenn das poln. Recht von den Gerichten nicht angewendet worden ist." Da auch nach Art. 17 Abs. 1 EGBGB. das Heimatsrecht des Ehemannes angewandt werden mußte, so wurde stets der Bedingung, die das polnische Recht in der oben angeführten Bestimmung stellte, genügt. Die Gerichte haben auf Grund der erwähnten

Bestimmung also angenommen, daß erstens die deutschen Gerichte zuständig sind, und zweitens daß auch die Gegenseitigkeit mit Polen verbürgt ist. Dieser Standpunkt wurde i. J. 1929 noch dadurch verstärkt, daß auch Polen dem Haager Ehescheidungsabk. v. 12. Juni 1902 beitrat. Nun ergab sich die Zuständigkeit aus Art. 5 des Haager Abk. i. Verb. m. Art. 17 Abs. 3 jenes poln. Ges., und die Gegenseitigkeit der Anerkennung war durch Art. 17 des Haager Abk. gewährleistet. So blieb der Rechtszustand bis zum 1. Juni 1934, zu welchem Tage das Deutsche Reich das Haager Ehescheidungsabk. kündigte.

In der Zwischenzeit war aber Polen von seiner bisherigen Haltung, ausländische Ehescheidungsurteile über polnische Staatsangehörige anzuerkennen, abgerückt. Zunächst hat das poln. JustMin., später aber auch der OGH. in dem Urt. v. 5. Febr. 1931: OstRZ. 1932, 383 ff., ausgesprochen, daß der Art. 17 Abs. 3 nicht zu der Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile zwinge, sondern sie nur ermögliche, und zwar wenn nähere Bestimmungen über sie, die insbes. die Gegenseitigkeit sichern, getroffen wären. Die Anerkennung von ausländischen Scheidungsurteilen über poln. Staatsangehörige sei nur möglich, wenn deren Gegenseitigkeit durch einen Staatsvertrag verbürgt sei. Solange beide Staaten, Polen und das Deutsche Reich, dem Haager Ehescheidungsabk. v. 12. Juni 1902 beigetreten waren, lag eben in ihrem Ehescheidungsabk. der Staatsvertrag vor, der die Anerkennung von ausländischen Scheidungsurteilen verbürgte. Seitdem aber Deutschland das Haager Ehescheidungsabk. gekündigt hat, ist dieser Staatsvertrag nicht mehr vorhanden. Die Rechtslage ist nun so, daß zwar auch jetzt noch Polen die ausschließliche Zuständigkeit in Ehesachen nicht in Anspruch nimmt, sondern die Zuständigkeit der Auslandsgerichte sogar positiv ausspricht, nämlich im Art. 17 Abs. 3, daß aber deutsche Scheidungsurteile grundsätzlich nicht mehr anerkannt werden, weil ein Staatsvertrag, der Gegenseitigkeit verbürgt, fehlt. Denn auch nach Art. 528 poln. ZPO. ist die Vollstreckung und damit auch die Anerkennung von ausländischen Urteilen nur möglich, wenn ein internationales Abkommen vorliegt und eine vertragsmäßige Zusicherung der Gegenseitigkeit vorhanden ist. —

Dieser Zustand der Rechtslage wird ausführlich behandelt und besprochen in einem Gutachten des Prof. Zoll: ZAuslIntPrR. 1934, 716 ff. Diesen Ausführungen hat sich auch das KG. in der Sache 13 U 1907/35 im Urt. v. 4. April 1935, das in der einstweiligen Verfügungssache zwischen denselben Parteien ergangen ist, angeschlossen.

Da also Polen die deutschen Scheidungsurteile über polnische Staatsangehörige nicht anerkennt, ist eine Zuständigkeit gem. § 606 Abs. 4 ZPO. nicht gegeben, wenn auch nach den eigentlichen Zuständigkeitsbestimmungen des Auslandsstaates das angegangene Gericht zuständig wäre (vgl. RGZ. 85, 153).

(LG. Berlin, 41. ZK., Urt. v. 9. April 1935, 241 R 366/34.)

Ber. von LGR. Dr. Hefftner, Berlin.

Amtsgerichte

Düsseldorf

26. § 91 ZPO. Den durch den Prüfungsausschuß der Rechtsfront anerkannten Rechtsbeiständen ist der Kostenerstattungsanspruch zuzubilligen. †)

Nach bisheriger Gerichtsübung konnten außer den RA. auch die Prozeßagenten ihre Gebühren nach der RAGebO. berechnen, und zwar in halber Höhe der für einen RA. vorgesehenen Sätze. Das galt nach hiesiger ständiger Rspr. auch für Rechtsbeistände, vorausgesetzt, daß es sich um einen gewerbsmäßigen Rechtsbeistand handelt, d. h., daß er seinen Betrieb nach § 35 GewO. angemeldet hatte, den Vorschr. des Min. für Handel und Gewerbe genügte, und daß er als Rechtsbeistand im Rechtsstreit erkennbar für Gericht und Gegenpartei in seiner Eigenschaft als gewerbsmäßiger Rechtsbeistand aufgetreten ist (JW. 1931, 2450).

Die Bewilligung von Gebühren muß aber erst recht erfolgen, wenn es sich, wie vorliegend, um einen Rechtsbeistand handelt, der durch den Prüfungsausschuß der Rechtsfront in die Reichsberufsgruppe Rechtsbeistände aufgenommen ist. Es kann nicht die Absicht sein, einen Berufsstand zu sanktionieren, ihn aber gleichzeitig durch Versagen angemessener Vergütungen für Arbeitsleistung praktisch brotlos zu machen. Keine Partei würde künftig einen zur mündlichen Verhandlung nicht zugelassenen Rechtsbeistand weiter mit der Erledigung von Aufgaben außerhalb der mündlichen Verhandlung betrauen, wenn sie nicht die Gewähr hätte, im Falle des Obsiegens die ihr erwachsenen Vertretungskosten von dem unterlegenen Gegner erstattet zu bekommen.

(AG. Düsseldorf, Beschl. v. 6. April 1935, 15 G 239/35.)

Anmerkung: Dem Beschluß ist insoweit zuzustimmen, als er den Kostenerstattungsanspruch für die in die Reichsberufsgruppe aufgenommenen Rechtsbeistände bejaht. Durch die Entsch. des Prüfungsausschusses der Rechtsfront ist die Gewähr für genügende Vorbildung und Zuverlässigkeit dieser Rechtsbeistände gegeben.

Diese Voraussetzungen liegen jedoch bei anderen Personen nicht vor, so daß für außerhalb der Reichsberufsgruppe stehende Rechtsberater die Zubilligung von Vergütungen für prozeßrechtliche Handlungen nicht mehr in Frage kommen kann. Dieser Tendenz entspricht auch das in Vorbereitung befindliche RGes. gegen unzuverlässige Rechtsberater.

F. Pause, Düsseldorf.

*

Wittenburg

27. § 361 Nr. 5 StGB. Angesichts der Stellung, welche die Amtsleitungen der NSV. in der deutschen Volksgemeinschaft einnehmen, und angesichts der Aufgaben, welche ihnen zugewiesen sind, müssen diese Dienststellen als Behörden i. S. von § 361 Nr. 5 StGB. angesehen werden.

(AG. Wittenburg, Urt. v. 13. März 1935, 3 Es 9/35.)

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

****28.** § 61 ArbOG.; § 72 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. n. F. Wenn ein Arbeiter oder Angestellter die Unwirksamkeit einer fristlosen Kündigung geltend macht und mit der Lohn- oder Gehaltsklage die Kündigungswiderrufsklage nach §§ 56 ff. ArbOG. verbindet, so beschränkt sich der Ausschluß der Revision auf die Entsch. über die Widerrufsklage.

Der Kl. hält die Rev., obschon sie vom LArbG. zugelassen ist, unter Berufung auf die Vorschr. in § 72 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. i. d. Fass. v. 10. April 1934 für unzulässig. Er meint, es handle sich um eine Kündigungswiderspruchssache i. S. der §§ 56 ff. ArbOG. Das trifft indessen nicht zu. Die Klage ist als Gehaltsklage erhoben. Mit ihr fordert der Kl. Gehalt für Okt. bis Dez. 1933, weil ein berechtigter Grund zu fristloser Entlassung nicht vorgelegen habe. Der Kl. hatte sich bereits in der Klageschrift die Erhebung weiterer Ansprüche, insbes. des Anspruchs aus § 56 ArbOG. vorbehalten und hat dann diesen weiteren Anspruch bei der Verhandlung vor dem ArbG. erhoben. Er geht dabei davon aus, daß ihm dieser weitere Anspruch aus § 56 ff. ArbOG. nach § 61 ArbOG. neben dem Gehaltsanspruch zustehen würde, falls sich die fristlose Entlassung als unbegründet erweise, in ihr aber eine wirksame Kündigung für den zunächst zulässigen Termin liegen sollte. Dadurch ist aber die Gehaltsklage nicht geändert worden, vielmehr in der durch § 61 ArbOG. zugelassenen Weise dem Gehaltsanspruch im Wege der Klageerweiterung nur ein weiterer Anspruch hinzugefügt. Es handelt sich danach um Klagehäufung (§ 260 ZPO.). Über diesen zweiten Anspruch haben ArbG. und LArbG. bisher nicht entschieden. Mit ihm kann der Kl. auch nur dann obsiegen, falls sich die fristlose Entlassung als unwirksam erweist (§ 61 Abs. 1 Satz 1 ArbOG.), in ihrem Ausspruch eine wirksame Kündigung für den nächsten zulässigen Kündigungszeitpunkt lag und für sie die besonderen Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 und des § 61 Abs. 1 Satz 2, 3, 4 ArbOG. erfüllt sind. Nur für den Anspruch auf Kündigungswiderruf und die beim Obsiegen mit diesem Anspruch dem Arbeitgeber für den Fall, daß er den Widerruf ablehnt, nach §§ 57 ff. ArbOG. aufzuerlegende Entschädigung ist durch § 72 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. n. F. die Rev. ausgeschlossen. Wird also mit der Gehaltsklage die Widerrufsklage verbunden, so beschränkt sich der Ausschluß der Rev. auf die Entsch. über letztere (vgl. auch RArbG.: ArbRspr. 1927/28, 290). Aus § 61 Abs. 2 ArbOG. ist nicht Gegenteiliges zu folgern. Denn dort wird lediglich ausgesprochen, daß beim Erfolg der Widerspruchsklage durch die gem. § 57 festgesetzte Entschädigung der Lohnanspruch für die Kündigungszeit nicht berührt wird. Soweit also das ArbOG. in Frage kommt, ist der Lohnanspruch für die Zeit bis zum Wirksamwerden der in einer unbegründeten fristlosen Kündigung etwa liegenden zulässigen befristeten Kündigung, unabhängig vom Erfolg des Widerrufsantrags, verfolgbar, die Entsch. darüber auch nach Maßgabe des § 72 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. der Rev. zugänglich. Der gegenteiligen, im Erläuterungsbuch von Mansfeld-Pohl zu § 61 Anm. 2b Abs. 2 vertretenen Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Nur über den in jenem Umfange vom Kl. geltend gemachten Gehaltsanspruch hat aber das ArbG. durch das Teilurteil v. 14. Juni 1934 und das LArbG. durch das jetzt mit der Rev. angef. Urt. entschieden. Dafür konnte, wie geschehen, die Rev. zugelassen werden. Der andere Anspruch ist noch beim ArbG.

(RArbG., Urt. v. 9. Febr. 1935, RAG 194/34. — Köln.)

Reichsdisziplinarhof

29. Das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) findet nur auf kriminelle Strafen, nicht auf Disziplinarstrafen Anwendung.

Es schreibt im § 1 zwar u. a. den Erlaß von Geldstrafen von bestimmter Höhe vor, behandelt aber weder die ganz anders gearteten milderen Disziplinarstrafen (Warnung oder Verweis) noch ehrengerichtliche Strafen oder Ordnungsstrafen.

Der Hinweis des BeschwF. auf die StAmnVO. v. 23. Aug. u. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 451 u. 503) und das VolksVG. v. 12. Juni 1933 u. 16. Okt. 1934 (RGBl. 1933, I, 360 u. 1934, I, 937) geht fehl. Der Umstand, daß in ihnen die Befreiung von der Strafe ausdrücklich auch auf Disziplinarstrafen erstreckt worden ist, spricht gerade dafür, daß der Gesetzgeber auch im StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 eine solche Ausdehnung ausdrücklich ausgesprochen haben würde, wenn er sie beabsichtigt hätte.

(RDiszH., Beschl. v. 22. Jan. 1935, F 184/34.)

Ber. von RA. Dr. Görres, Berlin.

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

30. § 13 KörpStG.; §§ 13, 19, 20, 29 Nr. 3 EinkStG.; §§ 214 ff. RAbgO.

1. Eine Erwerbsgesellschaft, die an einer Personalgesellschaft (OHG., Kommanditgesellschaft usw.) mit gleichem Wirtschaftsjahr beteiligt ist, darf den Verlust aus dieser Beteiligung in einem bestimmten Steuerabschnitt in ihre Bilanz mit keinem höheren Betrag einstellen, als der Verlust nach der einheitlichen Gewinnfeststellung bei der Personalgesellschaft auf sie entfällt (vgl. RFH. 33, 234). Sie darf daher insbesondere nicht neben der Übernahme des vollen auf sie entfallenden Verlustes noch eine Abschreibung an dem in ihrer Bilanz aktivierten Werte der Beteiligung vornehmen, es sei denn, daß dieser Wert den Preis für den Erwerb der Beteiligung darstellt und dieser Preis den Wert des Reinvermögens der Personalgesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbs überstiegen hat.

2. Eine solche Erwerbsgesellschaft darf auch an einer Forderung, die ihr am Schlusse eines bestimmten Steuerabschnitts gegen die Personalgesellschaft zusteht, jedenfalls zu dem Teile, der dem Verhältnis ihrer Beteiligung an der Personalgesellschaft entspricht, keine Abschreibung vornehmen, sofern die entsprechende Schuld der Personalgesellschaft bei der einheitlichen Gewinnfeststellung für den gleichen Steuerabschnitt in voller Höhe berücksichtigt worden ist. †)

Aus dem Vorbescheid:

Die BeschwF. trat bei der ihr verschuldeten Weberei Z., einer Kommanditgesellschaft, gegen Zahlung von 80 115,39 RM als Komplementär ein. Z. blieb als Kommanditist mit 2000 RM beteiligt. Der Verlust der BeschwF. aus der Weberei betrug auf Grund einheitlicher Gewinnfeststellung für das Rumpfgeschäftsjahr 1929 98 288,99 RM, für 1930 193 715,82 RM. Die BeschwF. bildete demzufolge in den Handels- und Steuerbilanzen 1929 und 1930 ein Verlustreservekonto in Höhe dieser Beträge. Sie hatte außerdem in der Handels- und Steuerbilanz 1929 ihre Beteiligung zum Nennwert aktiviert und schrieb sie 1930 auf 1 RM ab. FinA. und FinGer. haben diese Abschreibung nicht zugelassen. Die RBeschw. ist unbegründet.

Nach der Entsch. des RFH. 33, 234 ist ein Gewerbetreibender, der als solcher an einer Personalgesellschaft beteiligt ist, bei Aufstellung seiner Bilanz an die Gewinnfeststellung bei der Personalgesellschaft, besonders an die einheitliche Gewinnfeststellung gebunden.

Dieser Grundsatz, dem sich der erk. Sen. auch für die Besteuerung der Erwerbsgesellschaften anschließt, wirkt sich, wenn die Personalgesellschaft und die an ihr beteiligte Erwerbsgesellschaft das gleiche Wirtschaftsjahr haben, dahin aus, daß für den Ausweis der Erfolgsergebnisse der Personalgesellschaft in der Bilanz der Erwerbsgesellschaft die einheitliche Gewinnfeststellung schlechthin maßgebend ist (vgl. Becker: StW. 1933 Sp. 1160). Die an der Personalgesellschaft beteiligte Erwerbsgesellschaft darf daher in ihre Bilanz für ein bestimmtes Wirtschaftsjahr, in dem die Personalgesellschaft einen Verlust erlitten hat, diesen Verlust nur in der Höhe einstellen, in der er nach der einheitlichen Gewinnfeststellung auf sie entfällt. Sie darf also insbes. nicht neben der Übernahme des vollen auf sie entfallenden Verlustes noch eine Abschreibung auf den in ihrer Bilanz aktivierten Wert der Beteiligung vornehmen. Das auf die steuerliche Anerkennung einer solchen Abschreibung gerichtete Verlangen der BeschwF., die den auf sie treffenden Verlust aus dem Betriebe der Firma Z. in voller Höhe unter die Passiven ihrer Bilanz für den streitigen Steuerabschnitt aufgenommen hat, ist hiernach von den Vorinstanzen mit Recht abgelehnt worden.

Eine Abweichung von dem bezeichneten Grundsatze wäre allerdings dann gerechtfertigt, wenn die Beteiligung an der Personalgesellschaft bei ihrer ersten Einstellung in die Bilanz der beteiligten Erwerbsgesellschaft zulässigerweise höher angesetzt worden wäre, als dies dem damaligen Werte des Reinvermögens der Personalgesellschaft entsprochen hätte. Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Denn nach der ohne Rechtsirrtum und ohne Verstoß gegen den klaren Akteninhalt getroffenen Feststellung des FinGer. hat sich der von der BeschwF. für den Erwerb der Beteiligung gezahlte Kaufpreis, mit dem sie die Beteiligung in ihrer Bilanz aktiviert hat, mit dem Werte des Reinvermögens der Firma Z. im Zeitpunkt des Erwerbs gedeckt.

An der steuerlichen Unzulässigkeit der von der BeschwF. vorgenommenen Abschreibung vermag auch ihr Einwand nichts zu ändern, daß sich die jahrlange Verlustarbeit der Firma Z. über den bloßen anteilsmäßigen Verlust, der jeweils in der jährlichen Gewinnfeststellung erfaßt sei, hinaus auf ihren Betrieb ungünstig auswirke und die Teilwerte ihres Betriebs, vor allem den Teilwert der Beteiligung selbst mindere. Eine Abschreibung an dem Werte der Beteiligung neben der Übernahme des vollen Verlustes in die Bilanz der BeschwF. kommt nach dem Ausgeführten nicht in Frage. Abschreibungen an den übrigen Aktivwerten der BeschwF. aber können im allgemeinen für ihre Steuerveranlagung nach dem Grundsatze der Abhängigkeit der Steuerbilanz von der Handelsbilanz nicht zugelassen werden. Denn in letzterer hat sie solche Abschreibungen nicht gemacht. Es mag dahingestellt bleiben, ob dieser Grundsatz, wie in der Vorentscheidung ausgeführt ist, auch die steuerliche Berücksichtigung von Abschreibungen auf die Warenforderungen verbietet, die der BeschwF. gegen die Firma Z. am Schlusse des streitigen Steuerabschnittes zugestanden haben und mit deren Abdeckung in voller Höhe die BeschwF. nach ihrer Angabe nicht rechnen kann. Denn die Zulässigkeit von Abschreibungen auf diese Forderungen kann schon deshalb nicht anerkannt werden, weil die entsprechenden Warenschulden der Firma Z. bei der einheitlichen Gewinnfeststellung in voller Höhe berücksichtigt worden sind. Im allgemeinen ist allerdings die Zulässigkeit der vollen oder teilweisen Abschreibung einer uneinbringlichen oder zweifelhaften Forderung beim Glaubiger unabhängig von dem Ansatz oder der Bewertung der entsprechenden Schuld in der Bilanz des Schuldners. Diese Regel muß aber eine Ausnahme erleiden, wenn es sich um die Forderung des Gesellschafters einer Personalgesellschaft gegen die Gesellschaft handelt. Denn hier ist für das Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerrecht der Gesellschafter, der an Stelle der Personalgesellschaft Einkommensträger ist, im Verhältnisse seiner Beteiligung an der Gesellschaft gewissermaßen Glaubiger und Schuldner in einer Person. Dies bedingt, daß insoweit Veränderungen in der Höhe oder in der Bewertung der Forderung oder Schuld sein steuerpflichtiges Einkommen nicht berühren dürfen. Auch in diesem Punkte ist also die einheitliche Gewinnfeststellung für die Aufstellung seiner Bilanz bindend. Ist bei dieser Feststellung der Wegfall oder eine Minderung der seiner Forderung entsprechenden Schuld nicht berücksichtigt, so darf auch der Gesellschafter die Forderung — jedenfalls zu dem Teile, der dem Verhältnisse seiner Beteiligung an der Personalgesellschaft entspricht — nicht abschreiben.

Aus dem Urteil:

Für die Einkommen- und Körperschaftsteuer ist davon auszugehen, daß steuerpflichtig nicht die OHG. oder Kommanditgesellschaft, sondern ihre Gesellschafter sind, gleichviel, ob sie für die Schulden der Gesellschaft beschränkt oder unbeschränkt haften. Das Ergebnis der Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinnes des Gesellschafters einer OHG. oder Kommanditgesellschaft darf daher kein anderes sein, als wenn der Gesellschafter den Betrieb der Gesellschaft in dem seinem Anteil entsprechenden Umfang als eigenen Betrieb führen würde. Schon daraus ergibt sich, daß bei der steuerlichen Gewinnermittlung für den Gesellschafter neben der Übernahme des vollen nach der einheitlichen Gewinnfeststellung auf ihn entfallenden Verlustes eine weitere gewinnhindernde Ab-

schreibung der Beteiligung oder Einstellung eines Passivpostens nicht berücksichtigt werden darf. Insbesondere läßt sich auch nicht etwa die Bildung einer Rücklage mit Rücksicht auf die etwa einmal mögliche Inanspruchnahme der persönlichen Haftung des Gesellschafters für Schulden der Gesellschaft rechtfertigen. Soweit diese Schulden schon am maßgebenden Bilanzstichtag bestanden haben, ist der Haftung des Gesellschafters hierfür durch die Übernahme des Verlustes, auf dessen Ermittlung sich ja die in den Vermögensvergleich einbezogenen Schulden ausgewirkt haben, in vollem Umfange Rechnung getragen. Die steuerliche Anerkennung von Rückstellungen wegen der Haftung für etwaige künftige Schulden, also für vielleicht mögliche künftige Verluste aber hat der RFH. in ständiger Rspr. grundsätzlich abgelehnt (vgl. z. B. RFH. 2, 109; 4, 89; 7, 177). Eine Ausnahme hierfür gilt zwar unter bestimmten Voraussetzungen für künftige Verpflichtungen aus schwebenden Geschäften (vgl. z. B. RFH. 17, 332). Diese Voraussetzungen sind aber im vorl. Falle nicht gegeben.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 15. Jan. 1935, I A 131/33.)

Anmerkung: Wenn eine Tochtergesellschaft einen Verlust erleidet, so ist die Muttergesellschaft gezwungen, diesen Verlust in ihrer eigenen Bilanz in irgendeiner Weise zum Ausdruck zu bringen, und der Kampf geht dann darum, ob und in welcher Weise dieser Verlust der Tochtergesellschaft bei der Körperschaftsteuerveranlagung der Muttergesellschaft berücksichtigt werden kann. Es kann hier vor allem auf die sehr ausführliche Entsch. v. 31. März und 31. Okt. 1933, I A 391/31: AmtlSamml. 34, 228 ff. verwiesen werden. Stehen sich die beiden Gesellschaften als selbständige steuerpflichtige Gebilde gegenüber, so kann eine unmittelbare Übernahme des Verlustes der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft mit körperschaftsteuerlicher Wirkung nicht erfolgen. Dagegen ist die Muttergesellschaft natürlich nicht gehindert, mit Rücksicht auf das Verlustergebnis der Tochtergesellschaft besondere Abschreibungen auf den Wert ihrer Beteiligung oder auf die ihr gegen die Tochtergesellschaft zustehenden Forderungen zu machen. Dabei mag es im Einzelfall zweifelhaft sein, ob diese Sonderabschreibungen ihrer Höhe nach mit dem wirklichen Verlust der Tochtergesellschaft übereinstimmen müssen oder können.

Diese Erwägungen mögen im vorl. Falle bei der BeschwF. maßgebend gewesen sein, auch hier die Sonderabschreibungen zu verlangen, obwohl hier die beiden Gesellschaften nicht als selbständige Steuerpflichtige einander gegenüberstanden. Hier wirkt der Verlust der Tochtergesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, unmittelbar auf das Geschäftsergebnis der Muttergesellschaft ein, der Verlust der Tochtergesellschaft ist gewerblicher Verlust der Muttergesellschaft, und es bedarf nicht mehr der besonderen Abschreibung auf Warenforderungen oder auf den Buchwert der Beteiligung. Buchmäßig wäre in diesem Fall richtiger so zu verfahren, daß der Verlust der Kommanditgesellschaft bei der Muttergesellschaft nicht auf einem besonderen Verlustreservekonto erscheint, sondern daß er unmittelbar von dem Beteiligungskonto abgeschrieben wird. Dann zeigt sich noch deutlicher die Richtigkeit des vom RFH. aufgestellten Satzes über die Unzulässigkeit der doppelten Berücksichtigung des Verlustanteils. Gegen die Richtigkeit dieser buchmäßigen (und anschließend steuerlichen) Behandlung kann auch nicht eingewendet werden, daß möglicherweise der Verlustanteil höher sein kann als der Buchwert der Beteiligung. Solange der Buchwert der Beteiligung mit dem wirklichen Wert übereinstimmt, kann diese Folgerung nur dann eintreten, wenn der Verlust zu einer Überschuldung der Kommanditgesellschaft geführt hat, wenn also in deren Bilanz das Kapitalkonto der Muttergesellschaft als Aktivposten erscheint. Dann ist es durchaus folgerichtig, daß auch die Muttergesellschaft nunmehr ihre Beteiligung in ihrer eigenen Bilanz als Passivposten führt, da sie ja bei einer Auflösung der Kommanditgesellschaft auf Grund ihrer persönlichen Haftung diesen Betrag würde zuschießen müssen, falls die Veräußerung der Vermögenswerte gerade zum Bilanzwerte erfolgt.

Rechnerische Schwierigkeiten ergeben sich natürlich in dem vom Urteil erwähnten Fall, daß der Buchwert der Beteiligung nicht mit ihrem wirklichen Wert übereinstimmt. Wenn der Buchwert geringer ist, so werden die durch gemeinschaftliche Gewinnfeststellung ermittelten Verlustanteile an der Kommanditgesellschaft bei der Muttergesellschaft ebenfalls vom Beteiligungskonto abzusetzen sein, so daß der Unterschied zwischen Buchwert und wirklichem Wert unverändert bleibt. Erst wenn einmal der Verlust größer wird als der Buchwert der Beteiligung, wird man zweifeln können, ob nicht von diesem Verlust zunächst einmal der Unterschied zwischen Buchwert und wirklichem Wert abgezogen werden muß, bevor die Muttergesellschaft den Verlustanteil von ihrem Gewinn abziehen kann. Das würde dazu führen, daß die Beteiligung in der Bilanz der Muttergesellschaft erst dann als Schuldposten erscheinen kann, wenn die Kommanditgesellschaft wirklich überschuldet ist. Dieses Ergebnis hätte seine innere Rechtfertigung darin, daß ja der unter dem wirklichen Wert liegende Buchwert ein stille Reserve in Höhe dieses Unterschiedes enthält, die in diesem Augenblick bilanzmäßig in die Erscheinung tritt und den Gewinn erhöht oder den Verlust vermindert.

Wenn umgekehrt der Bilanzwert der Beteiligung höher ist als der wirkliche Wert, so wird man der Muttergesellschaft das Recht geben müssen, diesen Bilanzansatz jederzeit auf den Teilwert zurückzuführen, und zwar auch dann, wenn dieser Unterschied nicht schon bei der ersten Einstellung der Beteiligung in die Bilanz entstanden ist, sondern aus irgendeinem Grunde später hervorgetreten ist.

Mit Recht läßt das Urteil die Möglichkeit offen, die ungünstige Einwirkung des schlechten Geschäftsganges der Kommanditgesellschaft auf das Geschäft der Muttergesellschaft durch Abschreibungen auf sonstige Bilanzwerte der Muttergesellschaft auszudrücken, wenn sich wirklich bei diesen ein Wertrückgang nachweisen läßt. Das ist im Einzelfall Tatfrage, und es setzt nach feststehender Rspr. voraus, daß die gleiche Abschreibung für Wertminderung auch in der Handelsbilanz durchgeführt worden ist. Da dies nicht geschehen war, so konnte das Urteil sachlich auf diese Möglichkeit nicht weiter eingehen.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

*

31. § 60 KapVerkStG. Zu den Arbitragegeschäften i. S. § 60 des KapVerkStG. gehören auch unmittelbare Geschäfte zwischen Bankgeschäften an verschiedenen Börsenplätzen. Als fester Kurs i. S. des § 60 ist auch ein vereinbarter zahlenmäßig bestimmter Kurs anzusehen. Die in § 60 zugelassene Frist von 4 Börsentagen kann von den Beteiligten voll ausgenutzt werden. †)

Die Beschwerdegegnerin hat Effektengeschäfte, bei denen sie die Effekten entweder von B. Börsenbanken zum Börsenkurs kaufte und innerhalb einer Frist von vier Börsentagen unmittelbar an eine F. Börsenbank zu einem vereinbarten Nettokurs weiterverkaufte oder umgekehrt von der F. Börsenbank zu einem vereinbarten Nettokurs kaufte und an B. Börsenbanken zum Börsenkurs weiterverkaufte, als der ermäßigten Steuer des § 60 des früheren KapVerkStG. unterliegende Arbitragegeschäfte behandelt. Das FinA. forderte zu zwei von diesen Geschäften 6,50 RM Börsenumsatzsteuer nach, weil sie nach seiner Ansicht als gewöhnliche Händlergeschäfte anzusehen seien. Es hielt die Ermäßigung aus folgenden drei Gründen nicht für anwendbar:

1. § 60 gewähre die Steuerermäßigung nur, wenn die betr. Effekten an einem Börsenplatz gekauft und an einem anderen Börsenplatz verkauft seien oder umgekehrt. Die Geschäfte mit der F. Bank seien aber auch nicht an einem fremden Börsenplatz geschlossen, sondern unmittelbar zwischen der Beschwerdegegnerin und der F. Bank. Diese habe sich ebenfalls als Alleinarbitrageur betrachtet, die Steuerermäßigung des § 60 gleichfalls für die Geschäfte mit der Beschwerdegegnerin in Anspruch genommen und somit die Geschäfte als in B. zustande gekommen bezeichnet. Ein und dasselbe Geschäft könne aber nicht an beiden Börsenplätzen abgeschlossen sein.

2. § 60 verlange weiter, daß die einander gegenüberstehenden Geschäfte zu festen Kursen abgeschlossen seien. Hier aber hätten die Beschwerdegegnerin und die F. Bank zu einem vereinbarten Nettokurs gehandelt, der weder dem B. noch dem F. Kurse entsprochen habe.

3. Bei dem einen Geschäft habe sich die Beschwerdegegnerin für das mit der F. Bank abgeschlossene Geschäft erst am vierten Tage mit einem Kursverlust von 7,5% eingedeckt. Die Beschwerdegegnerin habe also nicht, was zum Wesen des Arbitragegeschäfts gehöre, einen gleichzeitigen örtlichen Kursunterschied ausnutzen wollen, sondern das Geschäft sei von der F. Bank an sie herangetragen worden. Es handle sich nicht um eine Kursangleichung, vielmehr sei durch die Geschäfte der zwischen den beiden Börsen bestehende Kursunterschied eher noch verschärft worden.

Die Vorinstanz hat die Geschäfte als Arbitragegeschäfte angesehen und die Steuernachforderung aufgehoben.

Die von der Vorinstanz zugelassene RBeschw. des FinA. konnte keinen Erfolg haben.

Die Vorinstanz stützt ihre Entsch. auf das Urteil des Senats v. 6. Juli 1928, II A 135/28 (RFH. 24, 20). An diesem Urteil und an der dort gegebenen eingehenden Begr. muß der Senat bei Auslegung des § 60 des früheren KapVerkStG. festhalten. Er kann dann aber nach dem wirtschaftlichen Zweck des § 60 unmittelbare Geschäfte zwischen zwei Bankgeschäften an zwei verschiedenen Börsenplätzen nicht anders behandeln als Geschäfte von Büro zu Büro an einem Börsenplatz, da in beiden Fällen, dem volkswirtschaftlichen Zweck der Arbitrage entsprechend, die Kurs-

unterschiede ausgeglichen werden sollen. Er verbleibt ferner dabei, daß der in § 60 verlangte feste Kurs auch ein nicht dem Börsenkurs entsprechender vereinbarter Nettokurs sein kann, da, wenn das Gesetz nur von einem festen Kurs spricht, es keinen amtlich notierten Kurs verlangt, sondern die Festsetzung einer bestimmten Zahl genügt. Noch weniger läßt sich der von dem FinA. hinsichtlich des einen Geschäfts für seine Ansicht vorgebrachte dritte Grund halten, da, wenn das Gesetz für den Abschluß der beiden Geschäfte schlechthin eine Frist von vier Tagen zuläßt, diese von den Beteiligten auch voll ausgenutzt werden kann. Es ist zwar richtig, daß die Frist von vier Tagen statt der in TarNr. 4 a Ermäßigungen Ziffer 2 RStempG. von nur zwei Tagen es den Banken ermöglicht, ihre Engagements an dem einen Börsenplatz länger offen zu halten in der Erwartung, daß je nach Lage des Falles der Kurs weiter steigen oder fallen werde und eine dahingehende Spekulation möglich macht. Das wollte aber das Gesetz in Kauf nehmen, um jedenfalls den Beteiligten die für die Abwicklung ihrer Geschäfte nötige Zeit zu gewähren, und daher ist die Frist von vier Tagen auch unverändert in § 33 des jetzigen KapVerkStG. übernommen worden.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 15. Febr. 1935, II A 150/34 S.)

Anmerkung: Der Entsch. ist im Ergebnis und in der Begr. beizutreten. Die Einwendungen, die das FinA. gegen die Entsch. des FinGer. erhoben hat, dürften darauf zurückzuführen sein, daß der Wunsch bestand, diese Zweifelsfragen durch eine Entsch. des RFH. zu klären.

Wegen der Punkte zu 1 und 2 könnten sich bei der Fassung des Gesetzes und bei der manchmal etwas an der Form haftenden Auslegung des Gesetzes vielleicht Zweifel ergeben, die nun glücklich zugunsten der StPfl. geklärt sind.

Wenn das FinA. in seiner letzten Einwendung darauf hinweist, daß bei einem Zeitraum von vier Tagen der innere wirtschaftliche Grund für die Steuerbegünstigung der Arbitragegeschäfte nicht mehr gegeben ist, so läßt sich dieser Einwand in der Tat nicht ganz von der Hand weisen. Der RFH. hebt aber mit Recht hervor, daß diese Frage nicht durch die Rspr., sondern bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes nur durch die Gesetzgebung geklärt werden kann.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

*

× **32.** § 2 Nr. 4a UmsStG. 1926/30; § 2 Nr. 8 UmsStG. 1932. Ob Umsätze von Grundstücken und grundstücksgleichen Berechtigungen i. S. des GrErwStG. vorliegen, hat die Umsatzsteuerstelle selbständig und unabhängig von der Grunderwerbsteuerstelle zu prüfen.

Der BeschwF. betrieb früher in A. (Preußen) in einem ihm gehörigen Hause eine Apotheke. Das Apothekenbetriebsrecht beruhte auf einer in der Zeit zwischen 1870 und 1880 einem Vorgänger erteilten persönlichen Erlaubnis (Konzession), mit der Befugnis des Inhabers oder seiner Erben, bei Ausscheiden einen Nachfolger zu benennen. Durch Vertrag v. 5. Febr. 1931 veräußerte der BeschwF. an den Apotheker B. das Apothekengrundstück für ... *RM*, die Geschäftseinrichtung für ... *RM*, die Vorschriften und Rezepte für ... *RM*, das Warenlager für ... *RM*, er erhielt ferner vom Erwerber für den Verzicht auf die Betriebserlaubnis (Konzession) ... *RM*, und für die Erlaubnis zur Fortführung der Geschäftsbezeichnung „N.-N.-Apotheke“ (Kundschaftswert) ... *RM*, zusammen ... *RM*. . . . Auf die Ber. des StPfl. hat das FinGer. den auf das Grundstück entfallenden Teil des Kaufpreises von der Umsatzsteuer freigestellt auf Grund der Vorschr. des § 2 Nr. 4 a UmsStG. 1926 i. d. Fass. der NotVO. v. 1. Dez. 1930 RGBl. I, 517, 531, 581 (= § 2 Nr. 8 VersStG. 1932), wonach die Umsätze von Grundstücken und grundstücksgleichen Berechtigungen i. S. des GrErwStG. — von der hier nicht in Betracht kommenden Ausnahme für den gewerbsmäßigen Grundstückshandel abgesehen — von der Besteuerung ausgenommen sind. Der BeschwF. begehrt auf Grund der gleichen Vorschr. Umsatzsteuerfreiheit auch für die Beträge von ... *RM* (Wert der Betriebserlaubnis) und ... *RM* (Firmenwert), da die Grunderwerbsteuerstelle unstreitig diese beiden Beträge zusammen mit dem Grundstückspreis der Veranlagung zur Grunderwerbsteuer zugrunde gelegt hat. Der BeschwF. begehrt des weiteren ...

Die RBeschw. ist hinsichtlich des ersten Punktes nicht begründet.

Auszugehen ist davon, daß der BeschwF. im Steuerabschnitt 1931 folgende Entgelte vereinnahmt hat: ...

Ob diese Entgelte in voller Höhe der grundsätzlichen Steuerpflicht nach § 1 Nr. 1 UmsStG. unterliegen, oder ob aus ihnen wegen nur teilweiser Zugehörigkeit des Grundstücks zum Betriebsvermögen ein Teil des Grundstückskaufpreises schon gem. § 1 Nr. 1 auszuscheiden wäre und gegebenenfalls in welcher Höhe, kann dahingestellt bleiben, weil jedenfalls der ganze Grundstückskaufpreis, auch wenn er in voller Höhe grundsätzlich nach § 1 Nr. 1 steuerpflichtig sein sollte, doch gemäß der inhaltlich oben wiedergegebenen Vorschr. des § 2 Nr. 4 a (§ 2 Nr. 8) UmsStG. von der Besteuerung ausgenommen ist.

Um die Auslegung dieser Befreiungsvorschrift geht in erster Linie der Streit. Die RBeschw. vertritt die Auffassung, daß im Falle einer der Umsatzsteuerveranlagung vorausgegangenen und rechtskräftig gewordenen Grunderwerbsteuerveranlagung alle Gegenstände, die — zu Recht oder zu Unrecht — tatsächlich der Veranlagung zur Grunderwerbsteuer unterlegen haben — im vorl. Falle also das Grundstück, das Betriebsrecht und die Geschäftsbezeichnung (Kundschaftswert) — unter die umsatzsteuerrechtliche Befreiungsvorschrift fallen. Das FinGer. hat dagegen, ohne die Tatsache der rechtskräftigen Grunderwerbsteuerveranlagung rechtlich zu würdigen, selbständig geprüft, inwieweit ein Umsatz von Grundstücken und grundstücksgleichen Berechtigungen im Sinne des GrErwStG. angenommen werden kann. Zu diesen Gegenständen hat es in Abweichung von der Entsch. der Grunderwerbsteuerstelle das Betriebsrecht und die Geschäftsbezeichnung nicht gerechnet. Dem Umstand, daß die Grunderwerbsteuer nicht zur Erhebung gelangt ist, kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu. Denn die Anwendung der Befreiungsvorschrift des § 2 Nr. 4 a (Nr. 8) UmsStG. ist nicht von der Zahlung der Grunderwerbsteuer abhängig, sondern allein davon, daß der zu besteuernde Vorgang ein solcher im Sinne des GrErwStG. ist, d. h. grundsätzlich unter das GrErwStG. fällt. Aber auch nur dann, wenn diese Voraussetzung gegeben ist, ist die umsatzsteuerrechtliche Befreiungsvorschrift anwendbar. Das entspricht nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Zweck der Vorschr., die die Heranziehung eines und desselben Umsatzes zur Umsatzsteuer und zur Grunderwerbsteuer verbietet, dabei aber nur solche Vorgänge im Auge haben kann, die grundsätzlich von beiden Steuergesetzen erfaßt werden. Fällt also ein Tatbestand grundsätzlich nicht unter das GrErwStG., so ist die Anwendung der umsatzsteuerlichen Befreiungsvorschrift ausgeschlossen. Das muß auch für den Fall gelten, daß die Grunderwerbsteuerstelle zu Unrecht das GrErwStG. auf einen bei richtiger Auslegung des Gesetzes nicht darunterfallenden Tatbestand angewendet hat. Dies ist im vorl. Fall insoweit geschehen, als auch das Entgelt für den Verzicht auf die Betriebserlaubnis und das Entgelt für die Erlaubnis zur Fortführung der Geschäftsbezeichnung der Grunderwerbsteuerveranlagung zugrunde gelegt worden ist. Wenn die Grunderwerbsteuerstelle die persönliche Betriebserlaubnis und die Geschäftsbezeichnung als werterhöhende Eigenschaften des Grundstücks angesehen und den erhöhten Wert der Grunderwerbsteuerveranlagung zugrunde gelegt hat, so entspricht dies zwar der Rspr. des RFH. zu § 11 GrErwStG. in seiner vor dem 1. Okt. 1930 geltenden Fassung, wonach Steuermaßstab der von der Veranlagungsstelle zu ermittelnde gemeine Wert des Grundstücks war (vgl. insbes. RFH. 8, 9). Die Grunderwerbsteuerstelle hat aber die Änderung der Rechtslage übersehen, die eingetreten ist, seitdem durch Teil 4 Kap. II Art. 2 Nr. 2 NotVO. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517, 585) mit Wirkung v. 1. Okt. 1930 an Stelle des gemeinen Werts der Einheitswert als Besteuerungsgrundlage getreten ist (vgl. Ott: StW. 1931 Sp. 1328/29; 1932 Sp. 1570; 1933 Sp. 905/7; 1934 Sp. 686, 690/91, 1286/87). Seitdem ist für eine Bewertung durch die Grunderwerbsteuerstelle gar kein Raum mehr. Denn der Einheitswert eines Grundstücks wird von der Bewertungsstelle (gesondert) festgestellt (vgl. § 214 RAbgO.) und ist von der Grunderwerbsteuerstelle als Veranlagungsbehörde — vorbehaltlich gewisser, hier nicht in Frage kommender Ausschaltungen — unverändert zu übernehmen. Das hat der RFH. für einen Fall ausgesprochen, in dem die VO. über Wertermittlung bei der Grunderwerbsteuer v. 10. April 1933 (RGBl. I, 193) anzuwenden war (RFH. 33, 116/17). Im vorl. Fall ist die Veranlagung zur Grunderwerbsteuer bereits vor Erlaß dieser VO. rechtskräftig geworden. Das beeinflußt jedoch die Rechtslage nicht, da die VO. v. 10. April 1933 an den einschlägigen Best. der NotVO. v. 1. Dez. 1930 nichts geändert hat, sondern nur zur Behebung gewisser Schwierigkeiten erlassen ist, die sich bei Anwendung jener Best. ergeben haben (vgl. auch den Runderlaß des RFM. v. 10. April 1933 S 4410—7 III (RStBl. 1933, 343 Nr. 307). Der Einheitswert des Apothekengrundstücks war aber von der Bewertungsstelle gemäß den Vorschr. des RBewG. 1931 ohne Berücksichtigung des persönlichen Apothekenbetriebsrechts und des Firmenwertes festzusetzen (vgl. § 50 Abs. 1, 2 und 3 Satz 1 RBewG. 1931). Daß auch tatsächlich so verfahren worden ist, darf aus dem Akteninhalt geschlossen werden. Steuermaßstab für die Veranlagung zur Grunderwerbsteuer ist zwar im vorl. Fall nicht gem. § 11 GrErwStG. der Einheitswert, sondern gem. § 12 a. a. O. der höhere Kaufpreis gewesen.

Dieser durfte aber nur insoweit zur Grunderwerbsteuer veranlagt werden, als er sich auf den gleichen Gegenstand bezog wie der Einheitswert, also auf das Grundstück ohne Betriebsrechts- und Firmenwert (RFH. 22, 228/29; 33, 117/18).

Die umsatzsteuerpflichtigen Entgelte vermindern sich demnach um den reinen Grundstückspreis, wie vom FinGer. festgesetzt. Eine weitere Minderung um die für die Betriebserlaubnis und die Geschäftsbezeichnung (Kundschaft) ausgeworfenen Beträge ist unzulässig, weil diese Werte weder als Eigenschaften des Grundstücks i. S. des § 1 GrErwStG. 1927 i. d. Fass. der NotVO. v. 1. Dez. 1930 angesehen werden können, wie vorher dargelegt worden ist, noch auch im vorl. Fall grundstücksgleiche Berechtigungen i. S. des § 2 a. a. O. sind.

Zu einer selbständigen Prüfung der Frage, ob Umsätze von Grundstücken oder grundstücksgleichen Berechtigungen im Sinne des GrErwStG. vorliegen, war das FinGer. im Rechtsmittelverfahren wegen der Umsatzsteuer befugt und verpflichtet, ohne durch die rechtskräftige Veranlagung der Grunderwerbsteuerstelle gebunden zu sein. Ist die Grunderwerbsteuer zu Unrecht veranlagt worden, so kann das die rechtmäßige Veranlagung der Umsatzsteuer nicht hindern. Zwar ist es der Wille des Gesetzes, daß ein und derselbe Umsatz nicht zugleich mit der Umsatz- **und** mit der Grunderwerbsteuer belegt werden darf. Die Frage, auf welche Weise diesem gesetzlichen Gebot zur Wirksamkeit zu verhelfen ist, wenn zwei einander widerstreitende Entsch. verschiedener Steuerstellen vorliegen, durch welche die Steuerpflichtigkeit für beide Steuerarten bejaht wird (vgl. das Urt. des erk. Sen. v. 8. Nov. 1929, Ve A 298/29: StW. 1929 Nr. 968 und das Urt. des 1. Sen. v. 18. Febr. 1930, Ie A 820/29: StW. 1930 Nr. 441), gewinnt im vorl. Fall deshalb keine praktische Bedeutung, weil die Grunderwerbsteuer nicht zur Erhebung gekommen ist.

Diese Rechtsauffassung steht nicht in Widerspruch zu den in RFH. 16, 25 und 34, 137 veröffentlichten Entsch. des 2. und des erk. Sen., weil es sich dort um Fälle des Zusammentreffens von Grunderwerbsteuer und **Schenkungs**steuer handelte.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 14. Dez. 1934, V A 360/34 S.)
⟨= RFH. 37, 109.⟩

*

33. §§ 1, 4, 5, 11 (n. F.), 12 GrErwStG. **Ist ein Grundstück mit aufstehender Ernte verkauft, so ist der Steuermaßstab nach §§ 11, 12 GrErwStG. durch einen Vergleich des Einheitswerts mit dem für das Grundstück nebst aufstehender Ernte vereinbarten Preise zu bestimmen.** †)

Durch notarischen Vertrag v. 20. Juni 1933 kaufte der BeschwF. zum Preise von 377 500 *RM* das Gut B., das am 1. Juli 1933 in seinen Besitz übergehen sollte, während die Auflassung auf spätestens 1. Okt. 1933 vereinbart war. Im Kaufvertrage verpflichtete sich der BeschwF. zur Übernahme der Grunderwerbsteuer, und es war ferner bestimmt worden, daß „das Zubehör des Grundstücks, lebendes und totes landwirtschaftliches Inventar sowie die Erntevorräte mitverkauft“ seien und „hierauf ... von dem obengenannten Kaufpreis 170 000 *RM* verrechnet“ werden sollten. Nachdem am 30. Okt. 1933 die Eigentumsübertragung erfolgt war, veranlagte das FinA. die Grunderwerbsteuer nach dem um den Wert des Inventars verminderten Kaufpreise zuzüglich der halben Grunderwerbsteuer = 274 666,65 *RM* und forderte von diesem Betrage durch Bescheid v. 23. Nov. 1933 $^{3}/_{100}$ Hauptsteuer = 8239,95 *RM* zuzüglich $^{2}/_{100}$ = 5493,30 *RM* Zuschlag.

In dem hiergegen eingelegten Einspruch beantragte der BeschwF. die Abrechnung eines weiteren Betrages von 66 500 *RM* als Wert der auf dem Halm stehenden und mitverkauften Ernte. Er führte aus, die Steuer wolle lediglich den Umsatz des Grund und Bodens als Erzeugungsmittel erfassen, wie denn auch der in der Regel maßgebende Einheitswert lediglich den reinen Bodenwert errechne und die Betriebsmittel und Früchte auf dem Halm ausscheide. Aber auch wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigten die Freilassung der Erntewerte, da sonst ein kurz vor der Ernte geschlossener Gutsverkauf viel höher besteuert werde als ein solcher nach Einbringung der Ernte. Im übrigen sei für die Bemessung der Steuer die Zeit der Grundbuchumschreibung maßgebend, da die Parteien die Abwicklung des Geschäfts und den Eigentumsübergang erst nach Einbringung der Ernte gewollt hätten, weil vorher noch eine Anzahl Formalitäten zu regeln gewesen seien.

Nach erfolglosem Einspruch wurde auch die Berufung mit der Begründung zurückgewiesen, daß für den Eigentumsübergang zwar der Tag der Eintragung im Grundbuch maßgebend sei, daß jedoch der Wert des Grundbesitzes nach dem Zustand berechnet werden müsse, in dem er zum Gegenstand des schuldrechtlichen Vertrags gemacht worden sei, was die Einrechnung der mitverkauften aufstehenden Ernte zur Folge habe.

Zur Begründung seiner RBeschw. trug der BeschwF. vor, die Abstellung der Veranlagung auf den zufälligen Tag des Vertragsabschlusses und die Einbeziehung der Ernte widerspreche den Interessen der Landwirtschaft an einem vom Stande der Frucht unabhängigen, sich gleichbleibenden Verkaufswerte, zumal auch der Landwirt die Saat und die aufstehende Ernte nicht als Teil des Grundstücks, sondern, ebenso wie die Hofvorräte, als selbständiges Wirtschaftsgut ansehe. Der Wert des Landgutes als reiner landwirtschaftlicher Betrieb und der Preis dafür sei daher beim Eigentumsübergang im Oktober der gleiche gewesen wie beim Verkauf im Juni, da der jeweilige Bewirtschaftungszustand als werterhöhend nicht berücksichtigt werden dürfe. Andernfalls seien starke Wertschwankungen zu verzeichnen, die bei der Zugrundelegung des für längere Zeit feststehenden Einheitswertes vermieden würden. Vorliegend könne aber der Zustand des Grundstücks beim Vertragsabschluß auch deshalb nicht maßgebend sein, weil die Absicht der Beteiligten auf Übereignung des Gutes ohne Ernte gezielt habe, so daß höchstens der Gutswert bei der Auflassung im Oktober unter Abzug der inzwischen eingebrachten und mit 50 224,22 *RM* zu bewertenden Ernte zugrunde gelegt werden könne.

Die RBeschw. konnte keinen Erfolg haben.

Die Vorinstanz ist von der ständigen Rspr. des RFH. ausgegangen (RFH. 9, 61; 13, 120 und 293, insbes. das zusammenfassende Urt. v. 10. Nov. 1931, II A 321/31: RFH. 30, 321 = JW. 1932, 1605), wonach ein Grundstück in dem Zustande zu bewerten ist, in dem es die Beteiligten zum Gegenstande des schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäftes gemacht haben. In der Entsch. RFH. 9, 61 hat der Senat zur Begründung seiner Rspr. ausgeführt, daß entsprechend dem § 11 GrErwStG. für die Höhe der Steuer zwar der Wert maßgebend sei, den das Grundstück zur Zeit des Eigentumsübergangs gehabt habe. Es ist aber dann hervorgehoben, daß diese Vorschrift keine Best. enthalte, derzufolge das Grundstück gerade in dem Zustande zu bewerten ist, in dem es sich zur Zeit des Eigentumsübergangs befunden hat, und dargelegt, daß eine derartige Auslegung des Gesetzes zu unhaltbaren Folgerungen führen würde. Daher hat der Senat als entscheidend stets den Zustand angesehen, in dem das Grundstück zum Gegenstand des Veräußerungsvertrages gemacht wurde, und zur Begründung auch darauf hingewiesen, daß in den Fällen, wo der den Wert (§ 11) übersteigende höhere Preis (§ 12) zugrunde zu legen sei, der Wert grundsätzlich nicht für ein anders beschaffenes Grundstück festgestellt werden kann, als es zur Zeit der Preisvereinbarung gewesen ist. In dem Urt. v. 10. Nov. 1931: RFH. 30, 321 hat der Senat diesen Standpunkt erneut betont und ihn auch in dem Falle des Verkaufs eines Waldgrundstücks in dem Urt. v. 9. Nov. 1932, II A 491/32 (= Mrozek, Rechtsspr. 22 zu § 1 GrErwStG. Abt. IV) vertreten. In der Entsch. RFH. 30, 321 ist auf S. 325 unter B I 2 besonders hervorgehoben, daß in den Fällen, wo das Grundstück mit aufstehender Ernte Gegenstand des Veräußerungsgeschäfts war, die Ernte mitzubewerten ist, und zwar nicht nur für die Steuer aus § 5, sondern auch für die Steuer aus §§ 1, 4 GrErwStG. Allerdings bezog sich diese Auffassung auf Fälle, bei denen der vereinbarte Preis (§ 12) noch mit dem gemeinen Wert (§ 11) entsprechend der früheren Fassung des GrErwStG. zu vergleichen war. Es fragt sich daher, ob auch nach der durch die NotVO. vom 1. Dez. 1930 eingetretenen Änderung des § 11, durch welche an Stelle des gemeinen Werts der Einheitswert für den Ansatz der Grunderwerbsteuer maßgebend wurde, der bisherige Standpunkt aufrechterhalten werden kann. Demgegenüber ist geltend gemacht worden, daß bei der Gegenüberstellung des Veräußerungspreises, in dem die Ernte enthalten ist, und des Einheitswertes der Vergleich sich nicht auf ein Grundstück in dem gleichen Zustande bezieht. Dieser Einwand ist aber nicht stichhaltig, denn der Einheitswert enthält nicht nur den Boden und die aufstehenden Gebäude, sondern berücksichtigt auch die Höhe der Ernte, die der landwirtschaftliche Betrieb in dem der Bewertung zugrunde gelegten sechsjährigen Hauptfeststellungszeitraum (§ 23 RBewG.) als nachhaltigen Ertrag erzielen kann (vgl. §§ 11, 22, 29, 30, 31, 33, 37, RBewG.; ferner § 67 Nr. 4 RBewG.). Wenn sich bei der Gegenüberstellung von Veräußerungspreis und Einheitswert vereinzelt Unstimmigkeiten ergeben sollten, so muß das hingenommen werden, nachdem der Gesetzgeber, dem diese Umstände bekannt waren, den Vergleich zwischen Veräußerungspreis und Einheitswert ausdrücklich angeordnet hat. Daher kann auch bei landwirtschaftlichen Grundstücksverkäufen, mögen diese mit oder ohne Ernte erfolgen, nicht allgemein der Einheitswert zugrunde gelegt werden, zumal dies die im Gesetz für Grundstücksverkäufe im § 12 vorgesehene Erfassung der höheren Verkaufspreise unmöglich machen würde.

Für den vorl. Fall kommt es daher lediglich darauf an, welche Vereinbarungen über die Ernte in dem Vertrag über das Gut getroffen worden sind. Wie die Vorinstanz ohne Verstoß gegen den Akteninhalt zutreffend angenommen hat, ergibt sich aus dem Kaufvertrage v. 20. Juni 1933 und der Preisbemessung, daß

das Gut B. mit der aufstehenden Ernte verkauft worden ist. Hieran wird durch die Vertragsabmachung nichts geändert, wonach auf Zubehör, Inventar und Erntevorräte ein Betrag von 170 000 *RM* zur Verrechnung kommen sollte. Keinesfalls ist daraus zu folgern, daß eine gesonderte Veräußerung der Ernte beabsichtigt war. Davon könnte nur die Rede sein, wenn der Grund und Boden für sich, die Ernte aber gesondert an eine andere Person veräußert worden wäre. Der BeschwF. hat aber das Gut mit den aufstehenden Früchten bereits am 1. Juli 1933 in seinen Besitz und in Bewirtschaftung genommen und die Ernte dann selbst eingebracht und verwertet. Ist somit anzunehmen, daß das Vorhandensein der aufstehenden Ernte für die Höhe des Veräußerungspreises maßgebend gewesen ist, so ist auch die Steuer nach Ausscheidung des Inventarwertes im übrigen von dem ganzen für Grundstück nebst aufstehender Ernte vereinbarten Preise, der den Einheitswert übersteigt, zu berechnen.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 15. Febr. 1935, II A 318/34.)

Anmerkung: Steuerauslösend ist bei der Grunderwerbsteuer der Grundstücksumsatz, Steuergegenstand das Grundstück.

1. Der Grundstücksbegriff könnte, nachdem sich die Steuerhöhe entweder nach dem Veräußerungspreis oder nach dem Einheitswert richtet, nach den Grundsätzen des RBewG. oder des bürgerlichen Rechts festgestellt werden; die Feststellung war für die Zeit ab 1. Okt. 1930 nach den Grundsätzen des RBewG. zu treffen (vgl. Ott: StW. 1932, 1554 ff; 1934, 1278 ff.; JW. 1935, 485), während für die Zeit ab 1. Jan. 1935 der bürgerlich-rechtliche Grundstücksbegriff (mit gewissen Abwandlungen) maßgebend ist, der bereits für die Zeit bis zum 1. Okt. 1930 entscheidend war (vgl. § 10 GrEDB. 1935: RStBl. 1935, 99). Das vorliegende Urteil ist unter der Zeit der Herrschaft des reichsbewertungsrechtlichen Grundstücksbegriffs ergangen. Gemäß § 28 RBewG. 1931 rechnen auch die Kulturen, insbes. also die aufstehende Ernte, zum Grundstück, und aus diesem Grunde wird auch für die Grunderwerbsteuer nicht nur der Grund und Boden, sondern auch die aufstehende Ernte als steuerpflichtig angesehen. Bei Zugrundelegung des bürgerlich-rechtlichen Grundstücksbegriffs müßte gleichfalls die aufstehende Ernte als grunderwerbsteuerpflichtig angesehen werden, weil sie zu den wesentlichen Grundstücksbestandteilen rechnet (§ 94 BGB.).

2. Der Umfang des steuerpflichtigen Grundstücks wird aber nicht nur nach dem RBewG. bis 1. Jan. 1935 und nach bürgerlichem Recht ab 1. Jan. 1935, sondern darüber hinaus danach festgestellt, was zum Gegenstand des Umsatzgeschäftes gemacht worden ist. Dies ist alte, gefestigte Rechtspraxis (vgl. Ott: StW. 1932, 1131 ff.). Nicht maßgebend ist dagegen, was Gegenstand des dinglichen Eigentumsüberganges ist. Ist infolgedessen ein Grundstück mit aufstehender Ernte verkauft, die Ernte aber bis zur Umschreibung im Grundbuch eingebracht worden, so ist gleichwohl nicht nur der Grund und Boden, sondern auch die aufstehende Ernte Steuergegenstand und deshalb auch von ihr Steuer zu zahlen. Wird andererseits die aufstehende Ernte nicht mitverkauft, sondern noch von dem Verkäufer eingebracht, so brauchen auf die Ernte keine Steuern gezahlt zu werden.

3. Da die Steuer jetzt von dem Einheitswert oder Veräußerungspreis des Grundstücks im Sinne des bürgerlichen Rechts, soweit dieses Umsatzgegenstand ist, erhoben wird, so ergeben sich interessante Unterschiede. Der Einheitswert sucht — statisch — einen normalen Grundstücksertragswert festzulegen und geht deshalb vom normalisierten Zustand des Grundstücks am Bewertungsstichtage und einem Durchschnittsertrage aus, während der Veräußerungspreis — dynamisch — den besonderen Jahresertrag, wie er gerade vorliegt, berücksichtigt. Ist die aufstehende Ernte des Verkaufsjahres gering, so wird der Veräußerungspreis geringer sein; ist die aufstehende Ernte groß, so wird der Veräußerungspreis höher sein; wird die Ernte überhaupt nicht mitverkauft, so wird der Veräußerungspreis wiederum erheblich geringer sein. Dieser Veräußerungspreis für eine außergewöhnlich geringe oder eine außergewöhnlich gute oder gar keine Ernte wird alsdann mit dem Einheitswert, der eine normale Ernte berücksichtigt, also einem aliud, verglichen. Eine Einheitsbewertung nach dem Stichtage, die wiederum nicht auf den Zeitpunkt des schuldrechtlichen Veräußerungsvertrages, sondern auf den Zeitpunkt der grundbuchlichen Umschreibung zu erfolgen hätte (§ 15 GrEDB. 1935), würde, soweit überhaupt zulässig, hieran nichts ändern, da auch sie auf eine normale Ernte abstellt. In Wahrheit ergibt sich sonach bei landwirtschaftlichen Grundstücken, daß neben dem tatsächlichen Zustand des Grundstücks, wie es Gegenstand der Veräußerung ist, wahlweise ein normalisierter Zustand des Grundstücks für die Steuerberechnung maßgebend ist.

RA. Dr. Heinz Meilicke, Berlin.

Reichsversorgungsgericht

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts abgedruckt]

34. Nach § 91 Abs. 4 Satz 2 VerfG. i. d. Fass. der Bek. v. 2. Nov. 1934 (RGBl. I, 1113) ist die Ber. u. a. ausgeschlossen, soweit es sich darum handelt, ob bei Ansprüchen auf Elternrente der Antragsteller i. S. des § 45 RVersorgG. bedürftig ist. Diese Vorschr. gilt nicht nur für das Verfahren bei Erstanträgen auf Elternrente, sondern auch für das Verfahren bei Neufeststellung nach § 57 RVersorgG.

(RVersorgGer., Entsch. v. 3. April 1935, M 4482/34, 4.)

*

35. Wenn die Eltern den Antrag auf Gewährung der Elternrente nach einem Verschollenen vor dem 31. März 1930 gestellt haben, so bildet den Gegenstand des Verfahrens auch dann ein Rechtsanspruch, wenn das die Todeserklärung aussprechende Urteil erst im Laufe des Verfahrens und nach dem 31. März 1930 ergeht.

(RVersorgGer., Entsch. v. 16. März 1935, M 7868/31, 4.)

Preußisches Oberverwaltungsgericht

36. §§ 568, 569—573, 710, 720, 731 II 11 ALR. Kirchenpatronat. Nach kursächsischem Kirchenrecht ist der Landesherr nicht als Oberlehnsherr der Privatpatrone, denen ein persönliches Patronat zusteht, anzusehen. Die Ausdrücke „Kirchenlehen" und „Pfarrlehen" deuten nicht auf ein echtes Lehnsverhältnis hin. Die lehnsrechtlichen Vorschriften, insbesondere über den Lehnsheimfall, finden auf ein solches Patronat keine Anwendung. Hat der Landesherr längere Zeitläufe hindurch zu einer Kirche in einem Rechtsverhältnis gestanden, das als Patronat oder mit einem gleichbedeutenden Ausdruck (Kirchenlehen, Pfarrlehen usw.) bezeichnet worden ist, so wird bis zum Nachweise des Gegenteils vermutet, daß es sich um ein Patronat i. S. des § 568 II 11 ALR. handelt. †)

(PrOVG., 8. Sen., Urt. v. 25. Sept. 1934, VIII C 79/32.)

Abgedr. JW. 1935, 1266[1].

Anmerkung: Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Entwicklungslinien und Leitgedanken des sächs. Patronatsrechts hätten vielleicht schärfer gekennzeichnet werden können, worauf hier aber nicht näher eingegangen werden soll. Dagegen hätte es der eingehenderen Darlegungen im Urteil darüber nicht bedurft, daß lehensrechtliche Grundsätze nicht auf die kirchlichen und geistlichen Lehen anwendbar sind. Statt dieser Ausführungen ist vielmehr tragend der Hinweis auf die Doppelbedeutung des Wortes Lehen in der maßgebenden Rechtssprache. Dieser Hinweis hätte darum weiter ausgebaut werden müssen. Lehen bedeutet einmal — und das ist allerdings die weitaus geläufigere Bedeutung — im weltlichen Recht: FEUDUM, zum andern aber im geistlichen Recht: DOS. Beide Bedeutungen stehen rechtlich selbständig nebeneinander. Lehen als DOS hat wiederum eine doppelte, unter sich verwandte Bedeutung. Es bedeutet sowohl das für bestimmte kirchliche Zwecke (z. B. einer bestimmten örtlichen Kirche, einer Pfarrstelle usw.) gewidmete, gestiftete und diesem Zweck dienende Vermögen, wie auch dies Vermögen als rechtlich selbständige Stiftung, wobei die betreffende Kirche, Pfarrstelle usw. als Trägerin dieses Vermögens erscheint.

Daß das Wort Lehen zum Träger der Bedeutung DOS mit den beiden eben erwähnten Unterbedeutungen für die Rechtssprache innerhalb eines gewissen Gebietes Deutschlands geworden ist, ist allem Anschein nach sächsischen Ursprungs, und rührt von dem Grundsatz her, bei der Besiedlung — im späteren Mittelalter, als das Eigenkirchenrecht schon zerfallen war — eine Pfarre mit einer Hufe auszustatten. Auf diesen Zusammenhang weist hin Herm. Löscher in einem Aufsatz „Die Pfarrausstattung im Verlaufe der bäuerlichen Besiedlung des Erzgebirges", der die Arbeiten des im Urteil auch angef. Prof. Heinr. Felix Schmidt: Ztschr. der Savignystiftung, Kan-Abt. Bd. 46 u. 48 ergänzt. Da dieser Aufsatz an einer für den Juristen und Nichtsachsen gar zu entlegenen Stelle veröffentlicht ist (Glückauf, 49. Jahrg., 1929, S. 142 ff.), sei aus ihm angeführt: „Lehen heißt im Altmeißnischen, das hierin dem Fränkischen folgte, weiter nichts als Hufe. Das lehren uns die Erbbücher der sächs. Ämter aus dem 16. Jahrh., in denen stets ein Lehen gleich einer Hufe, ganz gleich ob es sich um bäuerlichen oder anderen Besitz handelt, gesetzt wird. Aber auch

ältere Urkunden sagen uns das, so die bekannte Ausstattungsurkunde des Klosters Altzella von 1162. Einen weiteren Beweis dafür bringt auch die Tatsache, daß die alten Visitationsberichte und Kirchenordnungen, vornehmlich des 16. Jahrh., nur vom Pfarrlehen, nicht auch vom Kirchner- oder Küsterlehen sprechen, obwohl sie auf Pfarrlehen und custodia (Küsterei) die gleichen kirchenrechtlichen Grundsätze anwenden. Das hat seinen Grund darin, daß die Küsterei gewöhnlich nur mit einem Garten und einem oder zwei Äckern und Wiesen ausgestattet wurde, der Küster war also den Gärtnern und nicht den Hufnern gleichgestellt... Also weil der Grundbesitz einer Pfarre meist eine Hufe gleich einem Lehen betrug, daher kam die Bezeichnung Pfarrlehen." Später ist das Wort Lehen auch darüber hinaus zur Bildung der Bezeichnung geistliche Lehen, Küster-, Kirchschullehen (vgl. über diese Friedr. Herm. Löscher: „Schule, Kirche und Obrigkeit im Reformationsjahrhundert", Leipzig 1925; Herb. Gündel: „Das sächsische Kirchenschullehen als Stiftung", Borna-Leipzig 1932) verwandt worden.

Obwohl der Ursprung dieses Sprachgebrauches im Laufe der Zeit in Vergessenheit geriet, vermengte man im sächs. Recht nicht Lehen (dos) mit Lehen (feudum), sondern hielt beider Grundsätze klar auseinander, wobei übrigens in Sachsen seit der Reformation noch innerhalb der kirchlichen Lehen das Kirchenlehen als Stiftungsgut einer Kirche und geistliche Lehen als Stiftungsvermögen der Kirchendienerstellen unterschieden wurden. Daß mit Kirchenlehen und Pfarrlehen schließlich auch noch das Patronatsrecht — aber wiederum als kirchliches Recht — bezeichnet wurde, bedeutet im Sprachgebrauch eine Rückwendung vom Lehen als Stiftung auf den Patron als wirklichen oder angenommenen Stifter dieses Lehens oder dessen Nachfolger (siehe auch Weber, Kirchenrecht, 1. Aufl., 1828, II. Teil II. Abt. S. 293 f. Anm. 2). Aus der Bezeichnung des Patronats mit Kirchen- oder Pfarrlehen folgte dann die des Patrons als Lehnsherr.

Selbst wenn das Patronatsrecht mit einem Lehngut (feudum) verbunden war, und selbst wenn dabei das Patronatsrecht als Lehen bezeichnet wurde, teilte es zwar wie jedes dingliche Patronat das Schicksal des Gutes, zu dem es gehörte, blieb aber in seinem Charakter und Inhalt unverändert wie das Kirchen- oder Pfarrlehen, auf das es sich richtete.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

*

37. Polizeiverfügung. §§ 14, 41 Abs. 2 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77). Die Polizei darf nur taugliche Mittel zur Gefahrenabwehr vorschreiben. Innerhalb des Kreises der tauglichen Mittel kann sie nach ihrem Ermessen dasjenige auswählen, das sie für notwendig hält. Die Tauglichkeit des Mittels ist im VerwStrVerf. nachzuprüfen. †)

Frau P. wurde die baupolizeiliche Genehmigung zu einem Umbau ihres Hotelgebäudes erteilt. Ein Teil der Treppe vom Erdgeschoß zum ersten Stock sollte verlegt und in dem dadurch gewonnenen Raum unter dem bestehenbleibenden Teil der Treppe ein Pissoir angelegt werden. Eine der im Bauschein enthaltenen „besonderen Bedingungen" lautet:

„Der im Erdgeschoß unter der Treppe befindliche Raum ist feuerbeständig gegen das Treppenhaus abzuschließen."

Bei der Gebrauchsabnahme wurde festgestellt, daß diese Forderung nicht erfüllt war. Die Baupolizei verlangte darauf, daß der obere Lauf der Erdgeschoßtreppe unterseitig verputzt werde.

Frau P. bat von dieser Forderung Abstand zu nehmen, gegebenenfalls ihr Schreiben als Beschwerde an den RegPräs. weiterzuleiten. Der letzteren Bitte entsprach die Baupolizei. Der RegPräs. wies die Beschwerde als unbegründet zurück.

Auch die Klage der Frau P. wurde durch das BezVerwGer. abgewiesen. Der Rev. versagte das OVG. den Erfolg.

Das OVG. führt zunächst aus, die angef. Entsch. leide an einem wesentlichen Verfahrensmangel (der hier nicht interessiert), und fährt dann fort: Wegen dieses wesentlichen Verfahrensmangels trotz freie Beurteilung ein, so daß der Gerichtshof den Streitfall über die sonstigen Beschränkungen der RevInst. hinaus in vollem Umfange zum Gegenstand seiner Prüfung zu machen hatte (§§ 94, 98 LVG.).

Wenn Kl. behauptet, die Forderungen der Baupolizei seien unlogisch und bautechnisch unhaltbar, so ist damit offenbar gemeint, daß der geforderte unterseitige Verputz der Treppe kein geeignetes (taugliches) Mittel sei, die Feuersgefahr zu vermindern. Diese Behauptung ist erheblich. Zwar hat § 14 PolVerwG. die Frage, ob eine Maßnahme zur Gefahrenabwehr notwendig ist oder nicht, allein in das pflichtmäßige Ermessen der Polizei gestellt und damit der Nachprüfung des VerwRichters entzogen. Aber dabei ist stets vorausgesetzt, daß die Polizei nur solche Mittel in den Kreis ihrer Erwägungen einbezieht, die zur Verhütung oder Verminderung einer Gefahr objektiv tauglich sind. Das ergibt sich insbes. auch aus § 41 Abs. 2 PolVerwG., wonach der von der Polizei Inanspruchgenommene das Recht hat, anstatt des ihm aufgegebenen ein anderes Mittel anzuwenden, durch das die Gefahr ebenso wirksam abgewehrt wird. Das Gesetz geht also davon aus, daß auch das von der Polizei verlangte Mittel zur Abwehr der Gefahr wirksam, d. h. tauglich, sein muß. Verstößt die Polizei gegen diese Voraussetzung, so handelt sie rechtswidrig (vgl. Drews, PrPolRecht I, 4. Aufl., S. 61/62). Ihr Vorgehen unterliegt insoweit ebenso der Nachprüfung im VerwStrVerf., wie der VerwRichter auch darüber zu entscheiden hat, ob ein gemäß § 41 Abs. 2 PolVerwG. von dem Polizeipflichtigen angebotenes Mittel tauglich ist oder nicht.

Die Behauptung der Kl., daß die Forderung der Baupolizei ungeeignet sei, die Feuersgefahr zu vermindern, ist aber nicht begründet. Die Gefahr, die von der Baupolizei abgewehrt werden soll, besteht darin, daß die Treppe bei einem im Erdgeschoß oder im Keller ausbrechenden Schadenfeuer frühzeitig ungangbar werden könnte. Dem Übergreifen eines solchen Brandes auf das Treppenhaus wird durch die feuerbeständige Bauart des unteren Treppenlaufes und den ebenfalls feuerbeständigen Abschluß dieser Treppe ein Damm entgegengesetzt. Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß dieser Schutz des Treppenhauses wesentlich verstärkt wird, wenn auch die Eisenkonstruktion des Oberlaufs der Treppe gegen die unmittelbare Einwirkung des Feuers durch den geforderten Verputz geschützt wird.

(PrOVG., 7. Sen., Urt. v. 17. Dez. 1934, IV C 37/34.)

Ber. von SenPräs. von Kries, Berlin.

Anmerkung: Das Urt. entspricht der Sach- und Rechtslage. Daß die Polizei nur ein taugliches Mittel zur Gefahrenabwehr vorschreiben darf, ist ein unmittelbar evidenter und darum stets anerkannt gewesener Grundsatz. Auch zur Zeit der Geltung des § 10 II 17 ALR. war die objektive Tauglichkeit des von der Polizei zur Gefahrenabwehr vorgeschriebenen Mittels eine Voraussetzung der Gültigkeit der PolVfg. „Eine völlig zwecklose und zweckwidrige Maßnahme der Polizeibehörde bewegt sich nicht mehr im Rahmen der nötigen Anstalten zur Abwendung der Gefahr i. S. des § 10 II 17 ALR." (OVG. 79, 396). An dieser Rechtslage hat sich durch die Kodifikation des Polizeirechts im PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 nichts geändert. Auch § 14 PolVerwG. erwartet von der Polizei nur die Anordnung „notwendiger Maßnahmen". Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß sich der Inhalt des polizeilichen Verlangens nur auf ein „für die Beseitigung objektiv in Frage kommendes Mittel" (Prot. S. 102) richten darf. Diese objektive Tauglichkeit des vorgeschriebenen Mittels ist also auch heute noch eine Gültigkeitsvoraussetzung der PolVfg. Zutreffend ist es auch, wenn die Entsch. erklärt, daß die Polizei aus den verschiedenen tauglichen Mitteln das ihr nach pflichtmäßigem Ermessen im konkreten Fall am meisten geeignet erscheinende Mittel auswählen dürfe. Auch dies folgt unmittelbar aus dem Gesetz, da § 14 PolVerwG. die Polizei zur Anwendung der „nach pflichtmäßigem Ermessen"-notwendigen Maßnahmen verpflichtet. Durch eine der Annahme des § 14 PolVerwG. vorausgegangene Regierungserklärung ist ausdrücklich klargestellt worden, daß die PolBeh., wenn die Voraussetzungen des § 14 PolVerwG. gegeben seien, zwar gehalten sein sollten, tätig zu werden, daß sie aber hinsichtlich der Wahl der Mittel insofern frei sein sollten, als eine Amtspflichtverletzung wegen Unterlassung nicht schon dann vorliegen solle, wenn sie jeweils nicht das objektiv sicherste Mittel zur Beseitigung der Gefahr oder Störung anordnen, sondern daß es genüge, wenn sie je nach dem Grade ihrer Kenntnis der Gefahr oder Störung ein für die Beseitigung objektiv in Frage kommendes Mittel anwenden (Prot. S. 102).

Da die objektive Tauglichkeit des vorgeschriebenen Mittels ein Gültigkeitserfordernis, also eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der PolVfg. darstellt, kann ihr Vorliegen gemäß § 50 PolVerwG. im VerwStrVerf. nachgeprüft werden.

Die Formulierung der Urteilsgründe ist insofern mißverständlich, als in ihnen gesagt wird, § 14 PolVerwG. habe die Frage, „ob eine Maßnahme zur Gefahrenabwehr notwendig ist oder nicht, allein in das pflichtmäßige Ermessen der Polizei gestellt und damit der Nachprüfung des VerwRichters entzogen." Wie die weiteren Ausführungen der Urteilsgründe zeigen, soll damit nur gesagt werden, daß die konkrete Angemessenheit der innerhalb aller überhaupt tauglichen Mittel getroffenen Wahl der Polizei unnachprüfbar ist.

RA. Reuß, Berlin.

*

38. §§ 16, 17, 18 SchußwG. v. 12. April 1928 (RGBl. I, 143). Verbot des Besitzes einer Schußwaffe. Eine allgemeine Gesetzesvorschrift des Inhalts, daß unzuverlässige Personen zum Besitz von Waffen und Munition nicht berechtigt sind und dieselben daher der zuständigen Behörde in Verwahrung zu geben haben, ist nicht erlassen; eine dahingehende Vorschrift ist auch aus den Bestimmungen des SchußwG. nicht zu entnehmen. Ein derartiges Besitzverbot besteht vielmehr nur für die in § 16 Abs. 1 Ziff. 1—5 SchußwG. aufgeführten Personen. Da jedoch § 17 SchußwG. das Verbot des Besitzes von Waffen und Munition nicht

erschöpfend regelt, so kann beim Vorliegen einer konkreten polizeilichen Gefahr auch anderen Personen der Besitz von Waffen und Munition polizeilich untersagt werden.

Als i. J. 1931 in Preußen eine allgemeine Anordnung erging, nach der der Besitz von Schußwaffen der Ortspolizei anzuzeigen war, kam W. dieser Pflicht nach und meldete den Besitz einer Pistole ohne Munition an. Ende April 1933 wurde eine Pistole in seiner Wohnung durch die Polizei beschlagnahmt. Nach vergeblicher Beschw. erhob W. Klage, die das BezVerwG. abwies. Auf seine Rev. wies das OVG. die Sache an die Vorinstanz zurück.

Die Beschlagnahme der Pistole in der Wohnung des Kl. durch die Ortspolizei stellt sich als eine polizeiliche Vfg. dar, da gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 PolVerwG. die unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Maßnahme dem Erlaß einer polizeilichen Vfg. gleichsteht.

Das BezVerwGer. hat seine mannigfaltigen Bedenken unterliegende Entsch. in erster Linie auf die Best. der §§ 16, 17 SchußwG. gestützt. Danach seien Personen, denen nach § 16 a. a. O. ein Waffenschein nicht erteilt werden darf, auch zum Besitz von Schußwaffen nicht berechtigt, hätten dieselben vielmehr unverzüglich polizeilicher Verwahrung zu übergeben. Das BezVerwGer. hat die Anwendung des § 16 Abs. 1 SchußwG. auf den Kl. für gegeben erachtet, weil Bedenken gegen seine Zuverlässigkeit beständen. Es leitet diese daraus her, einmal, daß Kl. wegen Amtsunterschlagung gerichtlich bestraft worden sei und sein Amt als Gemeindevorsteher habe niederlegen müssen, und weiter, daß er sich nach vertraulicher Mitteilung durch seinen Umgang verdächtig gemacht habe.

Das BezVerwGer. stützt demnach seine Entsch. auf die Annahme eines allgemeinen Rechtssatzes des Inhalts, daß unzuverlässigen Personen ohne weiteres der Besitz von Schußwaffen und Munition untersagt werden könne und sie zur Herausgabe der in ihrem Besitz befindlichen Waffen verpflichtet seien. Eine solche allgemeine gesetzliche Best. ist jedoch weder ausdrücklich erlassen, noch läßt sie sich, wie das BezVerwGer. das will, aus den von ihm angezogenen §§ 16, 17 SchußwG. entnehmen.

§ 16 SchußwG. bestimmt in seinem Abs. 1, daß Waffen- (Munitions-) Erwerbscheine oder Waffenscheine nur an Personen, gegen deren Zuverlässigkeit keine Bedenken bestehen, und nur bei Nachweis eines Bedürfnisses ausgestellt werden dürfen. Er fährt alsdann fort, daß die Ausstellung insbes. zu unterbleiben hat an die unter Ziff. 5 besonders aufgeführten Personen. Da § 17 a. a. O. vorschreibt, daß Personen, denen nach § 16 Abs. 1 Ziff. 1—5 ein Waffen- (Munitions-) Erwerbschein oder ein Waffenschein nicht ausgestellt werden darf, auch zum Besitze von Schußwaffen und Munition nicht berechtigt sind, sofern nicht eine der hier interessierenden Ausnahmebewilligungen vorliegt, so ist also das Besitzverbot ausschließlich auf die genannten fünf Personengruppen abgestellt. Wäre etwas anderes beabsichtigt gewesen, so müßte der § 17, welcher ausdrücklich die Ziff. 1—5 des § 16 Abs. 1 anführt, anders lauten. Jedenfalls kann aus dem Umstande, daß die Ausstellung von Waffenerwerb- und Waffenscheinen nach Satz 1 Abs. 1 des § 16 von der Zuverlässigkeit der nachsuchenden Personen abhängig gemacht wird, nicht eine dem klaren Wortlaut der den Waffenbesitz regelnden Best. des § 17 widersprechende Auslegung hergeleitet werden.

Es fragt sich nunmehr, ob eine der im § 16 gen. Personengruppen, die vom Gesetzgeber als zum Besitz von Waffen und Munition von vornherein als ungeeignet angesehen werden, so allgemein umschrieben ist, wie das BezVerwGer. das nach seinen Ausführungen anscheinend annimmt. Die Frage ist zu verneinen. In allen Fällen ist zwar, wie dies nach Sinn und Ziel der Best. selbstverständlich ist, eine Personengruppe gekennzeichnet, gegen deren Angehörige nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen von vornherein Bedenken hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit im Umgang mit Schußwaffen zu erheben sind, wie 1. Personen unter 20 Jahren, 2. Entmündigte oder geistig Minderwertige, 3. Zigeuner oder nach Zigeunerart umherziehende Personen, 4. Personen, die wegen Zuwiderhandlungen gegen bestimmte Gesetzesvorschriften, meist solche, die zum Schutze der Staatssicherheit erlassen sind, zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Wochen rechtskräftig verurteilt worden sind, und 5. Personen, gegen die auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht oder auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt worden ist. Die Abgrenzung ist jedoch in jedem Falle vom Gesetz unter Anführung objektiver Merkmale so eindeutig getroffen, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, daß der Gesetzgeber damit nicht eine allgemeine Vorschr. hat schaffen wollen, welche die Entsch. über die Zuverlässigkeit in bezug auf den Besitz von Waffen und Munition dem freien Ermessen der zuständigen Stelle überläßt. Da Kl. unstreitig keiner dieser Personengruppen zuzuzählen ist, insbes. auch nicht einer der unter Ziff. 4 erwähnten, so beruht die Entsch. des BezVerwGer. auf einer unrichtigen Anwendung des bestehenden Rechts und unterliegt daher der Aufhebung.

Bei der gem. § 98 LVG. Platz greifenden Würdigung des Sachverhalts durch das RevG. erweist sich die Sache nicht als spruchreif.

Wenn auch, wie dargelegt, das SchußwG. ein Verbot des Besitzes von Waffen und Munition in seinem § 17 nur für ganz bestimmte Personenkreise ausspricht, so ist damit doch noch nicht gesagt, daß nicht gleichwohl auch anderen Personen unter besonderen Umständen der Besitz von Waffen und Munition untersagt werden kann. Wie der Senat bereits in seinem Urt. v. 12. Juli 1934 — III C 26/34 — ausgeführt hat, ist das Verbot des Waffenbesitzes durch das SchußwG. nicht erschöpfend geregelt. Beim Vorliegen einer konkreten polizeilichen Gefahr kann vielmehr insbes. denjenigen Personen, welchen gem. § 16 Abs. 2 SchußwG. wegen Bedenken gegen ihre Zuverlässigkeit Waffen- (Munitions-) Erwerbscheine oder Waffenscheine nicht hätten ausgestellt werden dürfen, auch der Besitz von Waffen und Munition polizeilich untersagt werden. Voraussetzung zum Erlaß einer dahingehenden polizeilichen Vfg. ist jedoch der Nachweis einer von der betr. Person ausgehenden konkreten polizeilichen Gefahr. Die von dem Vorderrichter angeführten möglicherweise von ihm in diesem Sinne gedeuteten Tatsachen der Verurteilung des Kl. wegen Amtsvergehens und seines verdächtigen Umgangs sind jedoch in der vorl. Form jedenfalls nicht geeignet, die Annahme einer vom Kl. ausgehenden konkreten Gefahr zu begründen, bedürfen vielmehr der eingehenden Aufklärung, falls das ergangene Waffenbesitzverbot etwa aus diesem rechtlichen Gesichtspunkt begründet werden soll.

Auch auf die vom Vorderrichter angezogene VO. des RPräs. zum Schutze von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83) kann die ergangene Entsch. nicht gestützt werden. Zwar ist es zutreffend, daß durch diese NotVO. u. a. auch der das Eigentum gewährleistende Art. 153 RVerf. bis auf weiteres außer Kraft gesetzt worden ist, aber abgesehen davon, daß im vorl. Fall nach dem Wortlaut des dem Kl. seitens der Ortspolizei erteilten Beschwerdebescheides sowie nach den sonstigen in den Akten enthaltenen einschlägigen Ausführungen der zuständigen Verwaltungsstellen nur eine polizeiliche Beschlagnahme, also ein vorübergehender Eingriff in den Besitz, nicht aber in das Eigentumsrecht des Kl. beabsichtigt war, würde die Anwendung der Best. der NotVO. v. 28. Febr. 1933 zur Voraussetzung haben, daß die in ihren Eingangsworten gekennzeichnete Zweckbestimmung, nämlich die Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte, durch den Sachverhalt erfüllt ist. Dafür sind aber im vorl. Falle nach dem Akteninhalte ausreichende Unterlagen nicht gegeben. Außerdem wäre hierzu noch zu bemerken, daß nach § 1 PrVO. v. 2. März 1933 (GS. 33) für einen Eingriff in das Eigentum nach Maßgabe des § 1 der gen. VO. des RPräs. v. 28. Febr. 1933 ausschließlich die Landespolizei zuständig ist.

Ob die angefochtene polizeiliche Vfg. etwa auf die 4. NotVO. zum Schutze des inneren Friedens v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 742) 8. Teil Kap. I § 1 gestützt werden sollte, ist weder aus den an Kl. ergangenen Anordnungen noch aus dem Akteninhalt mit Sicherheit zu ersehen. Sollte es der Fall sein, so müßte gem. § 1 Abs. 2 a. a. O. dargetan werden, daß die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung die getroffene Maßnahme der einstweiligen polizeilichen Inverwahrnahme der Schußwaffe des Kl. erforderte. Daran fehlt es jedoch im vorl. Falle.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 18. Okt. 1934, III C 56/34.)

Ber. von SenPräs. v. Kries, Berlin.

*

39. Dienststrafrechtliche Verantwortung des Mitgliedes eines kollegialen Organs.

Der Angeschuldigte war als Bürgermeister Vorsitzender des Vorstandes der Sparkasse. Als solcher ist er für die unzulässigen Kreditbewilligungen in vollem Umfange verantwortlich. Zwar ist der Sparkassenvorstand eine kollegiale Behörde, in der der Vorsitzende lediglich bei Stimmengleichheit (§ 6 Ziff. 3) den Ausschlag gibt und, abgesehen von der Befugnis der Leitung der Sitzungen, keine Sonderstellung einnimmt. Jedoch wird die volle dienststrafrechtliche Verantwortung eines Beamten nicht dadurch aufgehoben oder gemindert, daß er einem kollegialen Organ angehört. Die Willensbildung, die durch Beschlußfassung eines kollegialen Organs zustande kommt, gilt bis zum Beweise, daß das einzelne Mitglied an dieser Willensbildung, sei es infolge Abwesenheit oder infolge einer abweichenden Stimmabgabe, nicht beteiligt gewesen ist, als Willensentschließung auch des einzelnen Mitgliedes, für die dieses verantwortlich ist.

(PrOVG., Urt. v. 16. Jan. 1935, I D 59, 60/34.)

Ber. von RA. Dr. Görres, Berlin.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

40. § 6 RFGr. Die anläßlich der Bestattung eines Hilfsbedürftigen erwachsenen Stolgebühren, d. h. Gebühren für die persönlichen Dienstleistungen der Geistlichen und der niederen Kirchendiener sind, keine erstattungsfähigen Fürsorgekosten.

Der auf der Wanderschaft nach D. gekommene Wilhelm B. wurde auf Kosten des Bezirksfürsorgeverbandes D.-Stadt im Krankenhaus v. 26. Aug. 1933 bis 20. Nov. 1933 verpflegt und nach seinem Tode beerdigt. Die dem Bezirksfürsorgeverband D.-Stadt hierfür erwachsenen Kosten zu insgesamt 456,25 RM wurden bis auf einen Betrag von 5,90 RM Stolgebühren für Kantor, Musiker, Kreuzträger und Chorschüler und 1,50 RM für das Friedhofgeläute vom Landesfürsorgeverband O. ersetzt. Da der Landesfürsorgeverband O. den Ersatz dieser Kosten verweigerte, erhob der Bezirksfürsorgeverband D.-Stadt gegen ihn Klage bei der Regierung von O., Kammer des Innern, die am 26. Juli 1934 folgenden Bescheid erließ:

Der Landesfürsorgeverband O. hat dem Bezirksfürsorgeverband D.-Stadt die Kosten in Höhe von 7,40 RM zu ersetzen, die diesem Verband aus Anlaß der öffentlichen Fürsorge (Bestattung) für Wilhelm B. entstanden sind.

Nach Art. IX des AbGes. v. 7. März 1924 zum VGG. ist in Verwaltungsstreitsachen die Beschw. ausgeschlossen, wenn der Streitgegenstand einen Geldbetrag unter 50 RM betrifft, sofern nicht die Weiterbehandlung aus Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist.

Es ist hiernach zu prüfen, ob, wie die Beschw. behauptet, im vorl. Fall die Weiterbehandlung des Rechtsstreits im öffentlichen Interesse geboten ist. Ein solches ist im allgemeinen, abgesehen von anderen, hier nicht einschlägigen Gründen, dann als vorhanden anzusehen, wenn ein besonderer, für die Verwaltung wichtiger Grundsatz entschieden oder eine Streitfrage ausgetragen werden soll, deren Tragweite an sich die Grenzen des zur Entsch. stehenden Falles überschreitet, insbes. also dann, wenn eine besondere, noch nicht geklärte Rechtsfrage zur Entsch. steht, deren Tragweite über den im Streite begriffenen Einzelfall hinausgeht (VGHEntsch. v. 16. Juni 1932, Nr. 106 III/32; 28. Febr. 1933, Nr. 304 III/32, 10. Juli 1934, Nr. 47 III/34; Bundesamt f. Heimatw. 81, 133).

Der anhängige Rechtsstreit dreht sich um die Frage, ob der Landesfürsorgeverband O. verpflichtet ist, die von dem Bezirksfürsorgeverband D. aus Anlaß der Beerdigung des Wilhelm B. entrichteten Stolgebühren zu 5,90 RM und Gebühren für das Friedhofläuten zu 1,50 RM zu ersetzen.

Während das Schrifttum zur strittigen Frage, ob die anläßlich der Beerdigung eines Hilfsbedürftigen erwachsenen Stolgebühren, d. h. Gebühren für die persönlichen Dienstleistungen der Geistlichen und der niederen Kirchendiener, als erstattungsfähige Fürsorgekosten zu erachten sind, mehrfach, und zwar einmütig, im verneinenden Sinn Stellung genommen hat (vgl. Baath, Öffentliche Fürsorge, 9. Aufl., S. 311; Jäger, Die öffentliche Fürsorge, 2. Aufl., S. 48/49; Rutz, Die Reichsfürsorgepflichtverordnung S. 297 und Bl. f. öffentl. Fürsorge 1932, 183), ist dem VGH. ein derartiger Streitfall noch nicht zur Entsch. vorgelegen. Auch die Sammlung der Entsch. des Bundesamts für Heimatw. lassen die Behandlung eines solchen Falles nicht ersehen. Nachdem anzuerkennen ist, daß der zur Entsch. gestellten Frage eine über den vorl. Streitfall hinausgehende Tragweite zukommt, erscheint deshalb die Weiterbehandlung des Rechtsstreits aus Gründen des öffentlichen Interesses geboten.

Nach § 6 Abs. 2 der zu § 6 RFürsPflVO. ergangenen Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der Fürsorge ist nötigenfalls der Bestattungsaufwand zu bestreiten. Der Begriff „Bestattungsaufwand" ist im Gesetz nicht näher erläutert; immerhin ist, wenn dies in den Reichsgrundsätzen auch nicht ausdrücklich betont ist, als ihrem Sinn entsprechend anzunehmen, daß nur der notwendige Bestattungsaufwand von der öffentlichen Fürsorge zu bestreiten ist. Denn es ist kein Grund dafür einzusehen, daß, nachdem der einem hilfsbedürftigen Lebenden zu gewährende Lebensbedarf auf das Notwendige eingeschränkt ist, die einem ohne Hinterlassung von Mitteln Verstorbenen zu gewährende Bestattung den Rahmen des durchaus Notwendigen überschreiten dürfte. Es besteht deshalb kein Anlaß, der Best. des § 6 RFGr. eine von der in Art. 3 Abs. IV des bayer. ArmenG. v. 21. Aug. 1914 hinsichtlich der Beerdigung eines mittellosen Verstorbenen ausdrücklich getroffenen Regelung, die aus dem früheren bayer. ArmenG. v. 29. April 1869 übernommen worden ist, abweichende Auslegung zu geben und die Verpflichtung der öffentlichen Fürsorge dahin zu erweitern, daß sie auch die Kosten für die Bezahlung der Stolgebühren und der Gebühr für das Friedhofgeläute bei der Beerdigung mittelloser Verstorbener zu übernehmen hat (vgl. auch Bundesamt f. Heimatw. 47, 39). Der VGH. schließt sich deshalb der im Schrifttum vertretenen Anschauung an, daß zum notwendigen Bestattungsaufwand im fürsorgerechtlichen Sinne nach Maßgabe des § 6 Abs. 2 RFGr. nur eine einfache Beerdigung ohne kirchliche Mitwirkung gehört.

Es kann der Vorinstanz zugegeben werden, daß es der Anschauung weitester Volksteile entspricht, daß eine Bestattung nur unter den herkömmlichen kirchlichen Formen vor sich gehen kann. Diese Anschauung ist nicht neu und hat schon zur Zeit der Erlassung des bayer. ArmenG. vom Jahre 1869 und 1914 in den weitesten Volkskreisen nicht minder geherrscht als jetzt. Der Vorinstanz kann aber nicht gefolgt werden, wenn sie aus dieser Anschauung die Folgerung zieht, daß die Vornahme kirchlicher Verrichtungen anläßlich der Bestattung ein Teil der Bestattung i. S. des § 6 RFGr. selbst sei. Die anläßlich der Bestattung vorgenommenen kirchlichen Verrichtungen vollziehen sich auf Grund kirchlicher Ordnung, die bestimmt, ob und welche Gebühren zu entrichten und von wem sie aufzubringen sind.

Trifft dies aber zu, so war der Bezirksfürsorgeverband D. zur Bezahlung der anläßlich der Bestattung des Wilhelm B. erwachsenen Stolgebühren zu 5,90 RM und der Gebühr für das Friedhofgeläute zu 1,50 RM nicht verpflichtet. Seine Leistung war freiwillig. Der Bezirksfürsorgeverband D. kann deshalb auch nicht gem. § 14 Abs. 1 RFürsPflVO. vom endgültig verpflichteten Landesfürsorgeverband O. Ersatz dieser Kosten verlangen.

(BayVGH., Entsch. v. 22. März 1935, Nr. 241 III/34.)

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

41. Allgemeine Aufgabe der Polizei.

Aufgabe der Polizei ist es, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Volksgemeinschaft oder ihren einzelnen Gliedern Gefahren fernzuhalten, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird. Eine „Gefahr" kann begrifflich aber nur da als bestehend anerkannt werden, wo eine ernstliche und durch die Tatsachen begründete Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß ein (erheblicher) Schaden eintreten wird. Die bloß denkbare Möglichkeit einer Schädigung reicht also nicht aus, um vorbeugende Polizeimaßnahmen zu rechtfertigen.

(SächsOVG., Entsch. v. 25. Jan. 1935, 152 I 34.)

*

42. Kein Einschreiten der Polizei bei gelegentlicher Äußerung von Selbstmordabsichten.

Es kann nicht als Aufgabe der Polizei betrachtet werden, Personen, die einmal vielleicht in der Erregung Selbstmordabsichten geäußert haben, deren Zustand aber sonst nicht unmittelbar diese Gefahr dartut, Beschränkungen aufzuerlegen, um sie an der Durchführung eines solchen für einen gesunden Menschen an sich fernliegenden Gedankens zu verhindern. Eine so weitgehende Vorsorge für den erwachsenen gesunden Menschen würde nach dem Volksempfinden die Aufgaben der Polizei überschreiten und kann deswegen nicht als Recht angesehen werden.

(SächsOVG., Entsch. v. 25. Jan. 1935, 152 I 34.)

*

43. Entziehung eines Reisepasses (Anfechtbarkeit, Gründe).

Wird die Entziehung eines Reisepasses mit der Anfechtungsklage angefochten, so muß sich das OVG. darauf beschränken, festzustellen, ob die Verwaltungsbehörden das bestehende Recht richtig angewendet haben und ob die tatsächlichen Feststellungen dieser Behörden richtig sind, soweit sie auf die rechtliche Beurteilung von Einfluß sind. Die tatsächlichen Feststellungen in seinem Urteile darzulegen, ist das OVG. aber nicht in der Lage, da die Vorschrift der Reichspaßbekanntmachung v. 7. Juni 1932, wonach die Gründe der Entziehung eines Passes in der Regel nicht genannt werden, auch das OVG. bindet. Wenn die Verwaltungsbehörden den Paßinhaber zu den für die Paßentziehung maßgebenden Umständen nicht gehört haben, so ist das kein Verfahrensmangel. Denn halten die Behörden es für geboten, den Paß ohne Angabe von Gründen zu entziehen, so dürfen sie auch von einem vorherigen Gehör absehen.

(SächsOVG., Entsch. v. 4. Jan. 1935, 184 I 34.)

*

44. Arbeitsgemeinschaften für große Bauaufträge (Gewerbesteuer).

Damit nicht bei größeren Bauaufträgen die ganze Arbeit einer einzigen Firma zugewiesen wird, die anderen Bewerber aber völlig ausgeschlossen bleiben, ist es üblich geworden, Arbeitsgemeinschaften nur zur Herstellung des einen Werkes zu begründen. Die zusammengeschlossenen Unternehmer führen keine besondere gemeinsame Firma und stehen in ihrer übrigen gewerblichen Betätigung nach wie vor im freien Wettbewerb selbständig nebeneinander. Durch Begründung einer solchen Arbeitsgemeinschaft entsteht kein neues selbständiges gewerbliches Unternehmen. Eine Arbeitsgemeinschaft, zu der sich mehrere gewerbliche Unternehmen für die Ausführung eines Bauwerkes auf gemeinsame Rechnung in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen haben, bildet sonach keinen selbständigen gemeinschaftlichen Gewerbebetrieb i. S. von § 7 SächsGewStG.

(SächsOVG., Entsch. v. 17. Jan. 1935, 39 II 34.)

*

45. „Korrespondenzverträge" (Stempelsteuer).

Der Austausch von Briefen zum Zwecke der Einigung über ein Rechtsgeschäft ist nach sächs. Stempelsteuerrecht nur dann stempelpflichtig, wenn nach der Verkehrssitte über das Geschäft eine förmliche Urkunde errichtet zu werden pflegt und die Beteiligten beabsichtigt haben, durch den Briefwechsel die Errichtung der Urkunden zu ersetzen. Ein solcher „Korrespondenzvertrag" wird in Sachsen nach ständiger Übung auch dann angenommen, wenn der Briefwechsel nicht erst die Willenseinigung herbeiführt, sondern der Geschäftsabschluß schon vorher mündlich erfolgt ist und der Briefwechsel anderen Zwecken dient. Nur diese Auslegung wird dem Leben gerecht.

(SächsOVG., Entsch. v. 31. Jan. 1935, 90 II 34.)

*

46. Ausnahme vom Verbot der Neuerrichtung einer Verkaufsstelle nicht mit Anfechtungsklage angreifbar.

Nach sächsischem Recht ist die Anfechtungsklage vor dem OVG. ausgeschlossen gegen Beschlüsse über Erteilung der Genehmigung zu einer gewerblichen Anlage. Darunter fallen auch solche Beschlüsse, die sich auf Einwendungen Dritter gegen Gesuche um Genehmigung zu einer solchen Anlage beziehen. Bewilligt die Verwaltungsbehörde eine Ausnahme von dem Verbot der Neuerrichtung einer Verkaufsstelle (§ 5 RGes. zum Schutze des Einzelhandels), so steht das der Erteilung einer Genehmigung gleich. Die Anfechtungsklage ist also ausgeschlossen.

(SächsOVG., Entsch. v. 1. Febr. 1935, 171 I 34.)

*

47. Rechtzeitigkeit der Anfechtungsklage.

Die Anfechtungsklage vor dem OVG. ist dann rechtzeitig erhoben, wenn das Schriftstück zwar bei einer nicht zuständigen Behörde eingereicht, von dieser aber innerhalb der einmonatigen Klagfrist dem OVG. oder der Behörde, deren Entscheidung angefochten wird (sei es auch nur zur Akteneinsendung oder Berichterstattung), übermittelt worden ist. Die frühere engere Rechtsauffassung (Jahrb. des OVG. 36, 295) wird nicht mehr aufrechterhalten.

(SächsOVG., Entsch. v. 4. Jan. 1935, 184 I 34.)

*

48. Bauerlaubnis erst nach voller Erfüllung auch früherer Anliegerverbindlichkeiten.

Nach § 47 BauG. ist eine Baugenehmigung erst dann zu erteilen, wenn die Anliegerleistungen erfüllt sind. Dies gilt auch dann, wenn diese Leistungen schon infolge eines früheren Baufalles auf demselben Grundstück fällig geworden waren, der neu zur Genehmigung stehende Bau aber an sich (vielleicht infolge Geringfügigkeit) nicht geeignet ist, die Anliegerleistungspflicht auszulösen.

(SächsOVG., Entsch. v. 1. Febr. 1935, 136 I 34.)

*

49. Stadtrat als Vertreter der im Gemeindebezirk zusammengefaßten Volksgemeinschaft (Anliegerleistungen).

Der Stadtrat, der eine Forderung auf Anliegerleistungen geltend macht, ist nicht der Vertreter einer beliebigen juristischen Person, sondern der Stadtgemeinde, also der im Gemeindebezirke zusammengefaßten Volksgemeinschaft, deren Belange er zu vertreten hat und insbes. dann auch vertritt, wenn er die von der Gemeinde aufgewendeten Mittel für Straßenbau von den Anliegern als denjenigen zurückfordert, denen der Straßenbau in erster Linie Vorteile bringt. Der Stadtrat würde nicht pflichtmäßig handeln, wenn er ohne weiteres die von einem einzelnen Anlieger nach Recht und Gesetz zu tragenden Kosten auf die Schultern der Allgemeinheit legte.

(SächsOVG., Entsch. v. 1. Febr. 1935, 136 I 34.)

*

50. Anliegerleistungen auch bei einstweiligen Bauten.

Anliegerleistungen können auch dann verlangt werden, wenn ein einstweiliger Bau auf dem Anliegergrundstück hergestellt wird. Denn auch derjenige, der einen solchen Bau errichtet, genießt zunächst den Vorteil, der durch die Herstellung der öffentlichen Verkehrsfläche vor dem Baugrundstück erwächst.

(SächsOVG., Entsch. v. 22. Febr. 1935, 27 I 34.)

*

51. Anliegerverbindlichkeiten sind öffentlich-rechtliche Grundstückslasten. Pflichtig ist zunächst der „Anbauende".

Die Anliegerverbindlichkeiten ruhen als öffentlich-rechtliche Lasten auf dem Grundstück und treffen deshalb grundsätzlich den Eigentümer, denn sie stellen die Gegenleistung für den durch die Herstellung der Straße gewährten Vorteil dar, der dem Besitzer erst ermöglicht, seinen Grund und Boden baulich zu erschließen oder vorteilhafter zu benutzen. Dieser Vorteil kommt in erster Linie dem Eigentümer zugute. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Baupolizeibehörde im Baufalle sich wegen Erfüllung der Anliegerleistungen nur an den Grundstückseigentümer zu halten habe oder halten könne, vielmehr kommt für sie als derjenige, von dem die Leistungen zunächst zu verlangen sind, lediglich der „Anbauende" in Frage, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er der Eigentümer ist oder nicht. Ihm ist es überlassen, sich, wenn er nicht Eigentümer ist, mit diesem über die Übernahme der Anliegerleistungen zu einigen.

(SächsOVG., Entsch. v. 22. Febr. 1935, 27 I 34.)

*

52. Entwerfen von Werbeschriften ist keine künstlerische Tätigkeit i. S. des Gewerbesteuerrechts.

Nach dem SächsGewStG. (§ 3 Abs. 1) unterliegt der Gewerbesteuer jede fortgesetzt auf Gewinnerzielung gerichtete selbständige Tätigkeit. Eine Ausnahme bildet die Ausübung einer künstlerischen Tätigkeit (§ 4 Ziff. 3). Hierunter ist nur eine künstlerische Betätigung im höheren Sinne zu verstehen, d. h. die Schöpfung von Kunstwerken, die dazu bestimmt sind, durch sich selbst einen Kunstgenuß zu bereiten. Dies gilt nicht für Entwürfe zu Werbeschriften und Werbeanzeigen. Denn die künstlerische Anordnung und Gestaltung ist bei diesen nur ein Mittel zur Verfolgung eines geschäftlichen kunstfremden Zweckes.

(SächsOVG., Entsch. v. 29. Dez. 1934, 47 II 34.)

*

53. Rückvergütungen der Konsumvereine (Gewerbesteuer).

Bei der Veranlagung eines Konsumvereins zur Gewerbesteuer nach der SächsGewStVO. 1933 sind die den Genossen nach dem Verhältnisse ihrer Warenentnahme zufließenden Rückvergütungen, die erst nach Ablauf des Geschäftsjahres von der Genossenschaft bei Genehmigung der Bilanz festgesetzt werden, als ertragsabgabepflichtiger Gewinn anzurechnen. Der Konsumverein kann in diesem Falle also die Rückvergütungen weder als Schuld in die Bilanz einstellen noch als Betriebsausgabe absetzen.

(SächsOVG., Entsch. v. 17. Jan. 1935, 124 II 34.)

*

54. Der Versicherungsagent in der Gewerbesteuer.

Steuerrechtlich sind unter den Versicherungsagenten zu unterscheiden die als reine Vermittlungs- und Abschlußagenten tätigen — diese sind als selbständige Gewerbetreibende zu behandeln — und die häufig als Generalagenten bezeichneten Vertreter, die allgemein die geschäftlichen Angelegenheiten eines Versicherungsunternehmens in einem bestimmten Bezirke besorgen und kraft ihrer beamtenähnlichen Stellung als unselbständige Hilfskräfte des Unternehmens anzusehen sind. Bei der Beurteilung, welcher Art ein Versicherungsagent zuzurechnen ist, kommt es besonders darauf an, ob er seine ganze Tätigkeit ungeteilt einem Unternehmen widmet, wie seine Bezüge gestaltet sind, ob er das „Delkredere" für die ihm unterstellten Agenten trägt, ob ihm selbst die Vermittlung von Versicherungsverträgen obliegt und wie die Organisation ist, ob er insbes. die Bezirksvertreter anzustellen, die Außenbeamten zu überwachen, die Prämien einzuziehen und bei der Schädenregelung mitzuwirken hat.

(SächsOVG., Entsch. v. 8. Nov. 1934, 62 II 34.)

Badischer Verwaltungsgerichtshof

55. § 10 Abs. 2 GewO.; §§ 4, 6 Abs. 3 BadGes. über die Ausübung der Realberechtigungen v. 11. Sept. 1898; § 41 VerfO. (Wiederherstellung). Umfang eines Realschankwirtschaftsrechts im Zusammenhang mit der Verlegung der Räume innerhalb desselben Hauses.

Durch das Erkenntnis des Bezirksrats v. 25. Okt. 1934 wurde dem Sch. die nachgesuchte Genehmigung zum Betrieb der

Realschankwirtschaft „Zum Breisgauer Hof“, K.straße Nr. 137 in F., für die Räumlichkeiten der „Konditorei“ im ersten Stock erteilt, die nachgesuchte Genehmigung zum Betrieb einer Realschankwirtschaft im zweiten Stock dagegen versagt, weil ein Realrecht nur bzgl. des I. Stockes als bestehend anzuerkennen sei.

Hierauf stellte der Bevollmächtigte des im bisherigen Verfahren nicht beigezogenen Eigentümers des Anwesens, Bäckermeister F. in F., Antrag auf „Wiederherstellung“ des Genannten gem. § 41 VerfO., die durch Entschließung des Bezirksrats vom 29. Nov. 1934 gewährt wurde.

Mit der rechtzeitig erhobenen Klage beantragten Sch. und F., die Entschließung des Bezirksrats v. 25. Okt. 1934 insoweit aufzuheben, als dem Antragsteller Sch. die Genehmigung zum Betrieb einer Realschankwirtschaft im II. Stockwerk des Anwesens „Zum Breisgauer Hof“ in F., K.straße Nr. 137, versagt worden sei.

Das Erkenntnis des Bezirksrats wurde insoweit aufgehoben, als dem Sch. die Erlaubnis zum Realschankwirtschaftsbetrieb im II. Stock versagt wurde.

I. Die Zulässigkeit der Klage des Pächters Sch. ergibt sich aus § 6 Abs. 3 i. Verb. m. § 4 Ges. über die Ausübung der Realberechtigungen v. 11. Sept. 1898; aber auch die Zulässigkeit der Klage des Eigentümers F. ist — entgegen der Meinung des Ministerialbevollmächtigten — zu bejahen, weil durch die angefochtene Bezirksratsentschließung dem Eigentümer ein Teil seines Realrechts abgesprochen worden ist. Deshalb ist dem Genannten, der in dem Verfahren über das Gesuch des Sch. entgegen § 20 VerfO. vom 31. Aug. 1884 nicht zugezogen worden war und dem auch die Entschließung des Bezirksrats über die Versagung der Ausübung des Schankwirtschaftsrechts im II. Stock nicht zugestellt worden ist, auch mit Recht die „Wiederherstellung“ gem. § 41 VerfO. durch die Bezirksratsentschließung v. 29. Nov. 1934 gewährt worden (vgl. BadVerwZtschr. 1909, 96). Die Klage ist auch für beide Kl. rechtzeitig innerhalb der Frist des § 41 Ziff. 1 VerwRPflG. erhoben und begründet worden.

II. Die Kl. behaupten, daß ein „Realschankwirtschaftsrecht“ auf dem Anwesen als solchem ohne Unterschied, ob es im I. oder II. Stock ausgeübt werden soll, besteht. Der Bezirksrat hat angenommen, daß das Realschankwirtschaftsrecht nur auf dem I. Stock ruht, daß ferner im II. Stock immer nur eine „Personalgastwirtschaft“ betrieben und diese seit 1925 aufgegeben worden sei.

Wenn der Bezirksrat davon ausgeht, daß ein Realwirtschaftsrecht sich immer nur auf bestimmte abgegrenzte Räume eines Anwesens beziehe und wenn der Ministerialbevollmächtigte sich hierzu auf die Rspr. des VGH. beruft, so ist darauf zu verweisen, daß bei den in Betracht kommenden Entsch. des Gerichtshofs es sich um die Frage der Erweiterung von Realwirtschaftsrechten durch Hinzunahme von außerhalb der für die Ausübung realer Wirtschaftsrechte ursprünglich maßgebenden Grundstücksfläche gelegenen Gebäudeteilen gehandelt hat, während es sich im vorl. Falle um die Frage der Beschränkung oder Erweiterung eines Realwirtschaftsrechts zwar innerhalb der ursprünglichen Grundfläche aber in bezug auf die einzelnen Stockwerke handelt. Der Gerichtshof läßt es aber dahingestellt, ob eine Abgrenzung eines auf einem Grundstück ruhenden Realrechts nach Stockwerken mit dem Wesen eines Realrechts, insbes. mit dessen Eigenschaft als eines unteilbaren Rechts nach deutschrechtlichen Begriffen, die auch im Lande Baden bis zur Einführung des bad. Landrechts ausschließlich galten, und deren Fortbestand noch bis heute — abgesehen von den öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Erlaubniserteilung und über das Erlöschen eines Realrechts nach dem Ges. vom 11. Sept. 1898 — anzunehmen ist, zu vereinbaren sei. In den bisher entschiedenen Fällen (vgl. insbes. BadVerwZ. 1933, 140 und dortige Zitate) wurde die Unteilbarkeit immer in der Richtung erörtert, daß die Ausübung eines Realwirtschaftsrechts jeweils nur in der Hand eines oder mehrerer, dann aber in Rechtsgemeinschaft stehender Personen rechtlich zulässig und deshalb eine geteilte Ausübung in Gestalt mehrerer selbständiger Konzessionserteilungen unzulässig sei. Des weiteren wird aber in dem Schrifttum (v. Landmann, GewO., 8. Aufl., Anm. 6 Abs. 1 zu § 10 S. 136 mit Bezug auf die Entsch. des SächsOVG. vom 31. Mai 1905: Reger 26, 488, in welchem auf die Entsch. des BadVGH.: Reger, ErgBd. 3, 3 verwiesen wird; vgl. auch BadVerwZ. 1904, 205) die Ansicht vertreten, daß eine Realgerechtigkeit, die ohne Einschränkung für ein bestimmtes Haus erteilt worden ist, sich auf alle Räume des Hauses erstreckt, die sich ihrer Beschaffenheit nach zur Ausübung des (im entschiedenen Falle) Schankgewerbes eignen oder die hierzu geeignet gemacht werden. Auch könnte von dem Gesichtspunkt aus, daß nach der Rspr. ein Realgastwirtschaftsrecht auch dann vor dem Erlöschen durch dreijährigen Nichtgebrauch als geschützt angesehen wird, wenn eine Beherbergung von Fremden in dieser Zeit überhaupt nicht stattgefunden hat, und wenn gegenüber dem früheren Umfang des Beherbergungsbetriebs mit Benützung einer größeren Zahl von Zimmern nur noch einige wenige Zimmer für diesen Zweck bereitgehalten worden sind (im entschiedenen Falle: BadVerwZ. 1910, 35: wenn nur ein eingerichtetes Fremdenzimmer ununterbrochen bereitgehalten wird), gefolgert werden, daß auch eine räumliche Einschränkung des Schankwirtschaftsbetriebs während der Erlöschensfrist nicht zum teilweisen Erlöschen des Realschankwirtschaftsrechts in den zeitweise nicht benutzten Räumen führen kann.

Der Gerichtshof entnimmt jedoch dem entscheidenden Gesichtspunkt aus der auch von dem Bezirksrat — wenn auch in beschränkender Weise — bejahten Frage, daß an sich auf dem Grundstück ein Realschankwirtschaftsrecht ruht. Nach der feststehenden Rspr. ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob durch Verlegung der für die Ausübung des Realwirtschaftsrechts in Anspruch genommenen Räume innerhalb des an sich unverändert gebliebenen Hauses eine nach § 10 Abs. 2 GewO. und § 51 VollzVO. hierzu unzulässige Erweiterung des Realrechts eintreten würde, aus der flächenmäßigen Vergleichung der künftig für die Ausübung beanspruchten Räume mit den früher für den betr. Wirtschaftszweig verwendeten Räumen des I. Stockes, auf welchen das Realschankwirtschaftsrecht als auf jeden Fall nicht erloschen anzusehen ist.

Das Vorhaben der Kl. stellt sich als eine teilweise Rückverlegung der Ausübung des früher hauptsächlich in den Räumen des I. Stockes und seit 1933 nur noch im II. Stock ausgeübten Schankwirtschaftsrechts in den I. Stock dar, wobei der bisher als Konditoreiladen benutzte Eckraum zu den Wirtschaftsräumen des II. Stockes hinzugenommen werden soll. Die früher für Wirtschaftszwecke benützten Räume des I. Stockes, nämlich die jetzt mit „Backstube“, „Backofen“, „Vorräte“ bezeichneten Räume und die beiden vorderen Ladenlokale enthalten ein Gesamtflächenmaß von ungefähr 136 qm, während nach der Umgestaltung in einen Bäckereibetrieb die künftig für den Wirtschaftsbetrieb verwendeten Räume des I. und II. Stockes insgesamt etwa 110 qm Fläche betragen. Es liegt somit — auch wenn man eine nur auf dem I. Stock ruhende Realschankwirtschaftsgerechtigkeit mit dem Bezirksrat annehmen wollte — räumlich gemessen überhaupt keine Erweiterung der Ausübung des Realschankwirtschaftsrechts vor. Unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Neubegründung oder Erweiterung eines Realwirtschaftsrechts — eine unbedeutende Erweiterung wäre übrigens zulässig — ist daher das Vorhaben nicht zu beanstanden. Sollte entgegen der durch den Prozeßbevollmächtigten der Kl. abgegebenen Erklärung versucht werden, zwei getrennte Betriebe einzurichten, so wäre dies im Hinblick auf die Unteilbarkeit der Realrechte und auf Grund des § 10 Abs. 2 GewO. unzulässig und könnte durch die Polizeibehörde verhindert werden (vgl. Schenkel, GewO., 2. Aufl., Anm. 4 zu § 10; v. Landmann a. a. O. Bem. 6 zu § 10; BadVerwZ. 1904, 205).

Da hiernach der Bezirksrat von unzutreffenden rechtlichen Erwägungen ausgegangen ist, beruht seine Entsch., soweit dadurch dem Gesuchsteller Sch. die Erlaubnis zum Betrieb der Realschankwirtschaft im II. Stock versagt wurde, auf einer Verletzung des Gesetzes, so daß diese Entsch. insoweit auf die Klage der in ihren Rechten Verletzten (Pächter und Eigentümer), wie geschehen, aufzuheben war.

Mit der Aufhebung dieses Teils der angefochtenen Entsch. ist die Zuständigkeit des VGH. erschöpft; die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb der Schankwirtschaft auch im II. Stock liegt nicht innerhalb seiner Zuständigkeit; hierzu ist vielmehr die zuständige Verwaltungsbehörde berufen.

(BadVerwGerH., Entsch. v. 19. Febr. 1935, 218/34.)

Ber. von OVGR. Dr. Klotz, Karlsruhe.

Berichtigung

JW. 1935, 1408 rechte Spalte Zeile 7 von oben muß das Wort „Auseinandersetzungsanspruchs“ ersetzt werden durch „Auseinandersetzungsguthabens“.

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — DA. I. Vj. 35: 21530.